توصيف الأقضية

في الشريعة الإسلامية

دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الأحكام الكلية

على الوقائع القضائية والفتوية

مع تطبيقات قضائية من أقضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية

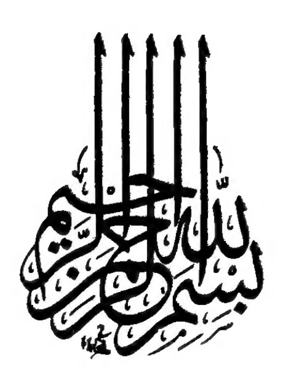
تأليف

عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين

القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض

الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

الجزء الثاني



تَوصِيفُ الأَقضِيَةِ

في الشَّرِيعَةِ الإِسلَامِيَّةِ

٢

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

آل خنين، عبد الله بن محمد

توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية ـــ الرياض

٥١٢ ص ؛ ١٧ × ٢٤ سم .

ردمك: ٠ـ٢٧ـ٨٣٧ـ٩٩٦٠ (مجموعة)

٧ـ٢٩ـ٨٣٧ـ٩٩٦٠ (ج ٢)

١ ـــ القضاء في الإسلام   ٢ ـــ الفقه الحنبلي   أ ـــ العنوان

ديوي ٢٥٧,٥   ٢٢/٠٠٧٦

رقم الإيداع: ٠٠٧٦ /٢٢

ردمك: ٠ـ٢٧ـ٨٣٧ـ٩٩٦٠ (مجموعة)

٧ـ٢٩ـ٨٣٧ـ٩٩٦٠ (ج ٢)

الطبعة الأولى

١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م

الباب الثاني

الوقـائع القضـائية

وفيه تمهيد، وثلاثة فصول:

التمهيد: تعريف الوقائع وأقسامها بعامة وأقسام الواقعة الفقهية وأنواعها.

الفصل الأول: أهمية الواقعة القضائية وأقسامها.

الفصل الثاني: شروط الواقعة القضائية المؤثرة وتنقيحها وإثباتها.

الفصل الثالث: تفسير الواقعة القضائية واستنباط المؤثر منها.

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الوقائع وبيان أقسامها بعامة .

المبحث الثاني : أقسام الواقعة الفقهية .

المبحث الثالث : أنواع الواقعة الفقهية .



المبحث الأول

تعريف الوقائع وبيان أقسامها بعامة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف الوقائع .

المطلب الثاني: أقسام الوقائع بعامة .



المطلب الأول

تعريف الوقائع

الوقائع لغة: أصلها يرجع إلى الفعل (وَقَعَ)، وهو يَدُلُّ على سقوط شيء[1]، فوقع الشيء يقع وَقْعاً ووقوعاً سقط[2].

والوقائع: الأحوال والأحداث، ومفردها (وَقْعَة) على غير قياس[3]، وقال الكفوي (ت: ١٠٩٤هـ): مفردها (وقيعة)[4].

والواقعة: صدمة الحرب مرة بعد مرة، والاسم منها الوقيعة والواقعة[5].

قال ابن منظور (ت: ٧١١هـ): «الوقعة والوقيعة: الحرب والقتال، وقيل: المعركة، والجمع وقائع»[6].

---

(١) مقاييس اللغة ٦/ ١٣٣.

(٢) مختار الصحاح ٧٣٢، لسان العرب ٨/ ٤٠٢.

(٣) الوسيط لمجمع اللغة ٢/ ١٠٥١، العيد الذهبي لمجمع اللغة العربية ٣٢٦.

(٤) الكليات ٩٤٤.

(٥) لسان العرب ٨/ ٤٠٣، الوسيط لمجمع اللغة ٢/ ١٠٥١.

(٦) لسان العرب ٨/ ٤٠٣.

وتطلق الواقعة على النازلة من صروف الدهر، والنازلة الشديدة، والقيامة، وجمعها واقعات[1].

ويستخلص مما سبق أَنَّ الوقائع جمع، المراد منه: الأحوال والأحداث، ومفرده: وقعة أَوْ وقيعة، مأخوذ من وقعة الحرب، وأَنَّ الاسم منه: وقيعة وواقعة، وجمعه: وقائع وواقعات.

والمراد بالوقائع هنا: الأحوال والأحداث التي تستدعي حكماً شرعيّاً.

قولي: «**الأحوال والأحداث**» هي جميع ما يقع؛ سواء كان مكتسباً من فعل الآدمي من الأقوال والأفعال، أَمْ كان سماويّاً لا دخل للعبد في اكتسابه؛ من الصغر، والجنون، والموت، والجوائح، وغيرها من الأسباب المكتسبة أَوْ السماوية المؤثرة في الأحكام، فالوقائع في حقيقتها أسباب للأحكام.

وقولي: «**التي تستدعى حكماً شرعيّاً**» لأَنَّ الواقعة إذا نزلت استدعت حكماً شرعيّاً من الوجوب، والاستحباب، والتحريم، والكراهة، والإباحة، والصِّحَّة، والفساد، ونحوها.

وجميع ما يحدث ويقع يترتب عليه حكم فقهي كلي، فما من نازلة إلاَّ وفي كتاب الله حكمها من حرمة أَوْ وجوب. . .

---

(١) لسان العرب ٨/٤٠٣، الكليات للكفوي ٩٤٤، الوسيط لمجمع اللغة ٢/١٠٥١.

فـإذا وقعـت سعـى الفقيـه إلـى بيـان حكمهـا، وإذا سئـل عنهـا المفتـي أخبـر بمـا يعلمـه فيهـا، وإذا وقعـت فيهـا خصـومـة قضـى فيهـا القـاضـي بمـا يظهـر لـه، وسيـأتـي بيـان أنـواع الـوقـائـع فـي المطلب التالي.





المطلب الثاني

أقسام الوقائع بعامة

الوقائع بعامة ثلاثة أقسام، هي: **فقهية، وفَتْويّة، وقضائية،** وبيانها كما يلي:

القسم الأول: الواقعة الفقهية.

والمراد بها: الحدث والحال الذي يستدعي حكماً فقهيًّا كليًّا.

فالواقعة الفقهية: ما استدعى من الأحداث والأحوال حكماً كليًّا عامًّا لا يخص واقعة بعينها، وذلك كتقرير الفقهاء الأحكام الفقهية الجزئية العامة التي لا تخص فرداً دون غيره، كما هو دأب المصنِّف والمعلِّم، وكما لو حدثت نازلة فقهية معاصرة، مثل: التعاقد بوسائل الاتصال المعاصرة، كالهاتف، فإنَّه يقرر لها حكم كلي عام بالجواز، أَوْ المنع، أَوْ الصِّحَّة، أَوْالبطلان غير منظور فيه لآحاد الأشخاص، بل تكون عامة مجردة[1]، يقول السبكي

(١) البهجة ١/٣٦، شرح عماد الرضا ١/٥٩، المدخل للزرقاء ٣/٨٨.

(ت: ٧٥٦هـ): «. . . معرفة الفقه في نفسه. . . أمرٌ كلي؛ لأَنَّ صاحبه ينظر في أمور كلية. . . كما هو دأب المصنفين، والمعلمين، والمتعلمين. . . والفقيه المطلق المصنف المعلم لا يقول في هذه الواقعة، بل في الواقعة الفلانية»[1].

ويغلب إطلاق النوازل الفقهية على ما يجدُّ من الوقائع التي تستدعي حكماً، كالتعاقد بالهاتف، ونحو ذلك من النوازل الفقهية المعاصرة.

وجميع الوقائع من الأحداث والأحوال التي تتعلق بالمكلف لها حكم تكليفي من وجوب، أَوْ حرمة، أَوْ استحباب، أَوْ كراهة، أَوْ إباحة، أَوْ صِحَّة، أَوْ بطلان، سواء كان ذلك في العبادات، أَمْ في المعاملات، من بيوع وإجارة، وسير أَوْ مرور، وعلاقة العامل برب العمل وعكسه، أَمْ الأنكحة، أَمْ الجنايات، أَمْ سلوك الإنسان الفردي، أَمْ علاقة الفرد بالدولة، أَمْ علاقتها به، أَمْ علاقة الدولة المسلمة بغيرها من الأمم الأجنبية، ولذلك نقول: **كل الأحداث والأحوال وقائع فقهية.**

يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «فلا عمل يفرض، ولا حركة، ولا سكون يُدّعَى إلاَّ والشريعة عليه حاكمة، إفراداً وتركيباً»[2]، وإذا كان بعض جوانب الواقعة طردياً كان جانب منها آخر وصفاً مؤثراً،

---

(١) فتاوى السبكي ٢/ ١٢٢، وانظر: شرح عماد الرضا ١/ ٥٩.

(٢) الموافقات ١/ ٧٨.

وبهذا نفهم ما ذكره القرافي (ت: ٦٨٤هـ) ــ وهو يتحدث عن بعض أقسام الأسباب ــ ، فقد قال: «وما ليس فيه حكم شرعي البتة، كفعل النائم والساهي، والمخطىء، والمجنون، والبهيمة، وحركات الرياح، والسُّحُب، والسيول، ونحو ذلك، فإنَّ هذه الأفعال ليس لله فيها حكم، ولا تعلق بها خطاب يقتضي حكماً البتة»[1].

فالمراد أَنَّ هذه الأشياء ليس لها حكم في نفسها، ففعل النائم، والساهي والمخطىء، والمجنونِ لا يوصف بوجوب، ولا حرمة، فهو غير آثم فيه، ولا مجازى عليه، وهكذا فعل البهيمة؛ لأَنَّها غير مكلفة، وحركات الرياح، والسحب، والسيول؛ لأَنَّها من فعل الله لا من فعل العبد، والأحكام كائنة على أفعال العباد، لكن لجميع هذه تَعَلُّقٌ بالوقائع الفقهية في جانب تأثيرها على الأحكام؛ فالنائم، والساهي، والمخطىء، والمجنون يضمنون ما أتلفوه من مال الغير، وفي التنزيل وجوب الدية وكفارة القتل على المخطىء قال ــ تعالى ــ : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢].

(١) الإحكام ٢٣.

وهكذا من فرط في حفظ دابته كان ضامناً، وكل ذلك في أحوال وبشروط مقررة، وهكذا السيول ونحوها لها أحكام فقهية تتعلق بوضع الجوائح.

ولذا صَحَّ ما تقدم من أَنَّ كل الأحداث والأحوال وقائع فقهية محكوم عليها بالشرع إذا اتصلت بالمكلف فعلاً وتركاً.

القسم الثاني: الواقعة الفَتْوِيَّة.

والمراد بها: الحادثة تقعُ يُستفتى فيها.

فإذا حدثت واقعة معينة واستفتي فيها الفقيه كان نظره في صورة جزئية يقوم بتنزيل الحكم الكلي الفقهي عليها، مراعياً المسؤول عنه، وأحوال الواقعة، ويقتصر جوابه عليها؛ ذلك لأَنَّه يقرر بأَنَّ حكم الله في هذه الواقعة كذا، فهي أخص من الواقعة الفقهية؛ فالفقيه في الواقعة الفقهية لا يقول في هذه الواقعة، بل في الواقعة الفلانية، بخلاف المفتي، فإنَّ فتواه على واقعة بعينها مراعى فيها شخص المستفتي وظروف وأحوال الواقعة.

فخاصية المفتي تنزيل الحكم الكلي على المحل الجزئي، والفقيه المطلق لا يقرر حكماً لواقعة معينة، بل للواقعة الفلانية مطلقاً[(١)].

يقول السبكي (ت: ٧٥٦هـ): «... خاصية المفتي تنزيل

(١) شرح عماد الرضا ١/ ٥٩، البهجة ١/ ٣٦.

الفقه الكلي على الموضع الجزئي، وذلك يحتاج إلى تبصر زائد على حفظ الفقه وأدلته، ولهذا تجد في فتاوى بعض المتقدمين ما ينبغي التَّوَقُّفُ في التمسك به ليس لقصور ذلك المفتي ـ معاذ الله ـ ، بل لأَنَّه قد يكون في الواقعة التي سئل عنها ما يقتضي ذلك الجواب الخاص، فلا يطرد في جميع صورها»[1].

القسم الثالث: الواقعة القضائية.

والمراد بها: الحادثة التي يقع فيها التنازع لدى القاضي تقتضي فصلاً بحكمٍ ملزم، أَوْ صلحٍ عن تراض.

فهي أخص من الواقعة الفتوية؛ لأَنَّ القاضي ينظر فيما ينظر فيه المفتي من الأمور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه الواقعة من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغي طرديها ويُعمِل مؤثرها، ويزيد القاضي على ذلك بأَنَّه ينظر في ثبوت أسباب الواقعة، وما يعارضها، والإلزام بها، ويظهر للقاضي أمور لا تظهر للمفتي[2].

يقول السبكي (ت: ٧٥٦هـ) ـ في الفرق بين الفقيه، والمفتي، والقاضي ـ : «. . . فنظره ـ أي القاضي ـ أوسع من نظر المفتي، ونظر المفتي أوسع من نظر الفقيه وإن كان نظر الفقيه أشرف وأعم نفعاً.

---

(١) فتاوى السبكي ٢/ ١٢٣، وانظر: شرح عماد الرضا ١/ ٥٩.

(٢) شرح عماد الرضا ١/ ٥٩، البهجة ١/ ٣٦.

إذا علمت هذا فالفقه عمومه شريف نافع نفعاً كليًّا، وهو قوام الدين والدنيا، والفتوى خصوص فيها ذلك العموم وتنزيل الكلي على الجزئي من غير إلزام، والحكم خصوص ذلك الخصوص فيها وزيادتان؛ إحداهما: النظر في الحجج، والأخرى: الإلزام»[١].

❑ ❑ ❑

(١) فتاوى السبكي ٢/ ١٢٣، وانظر: شرح عماد الرضا ١/ ٥٩.

المبحث الثاني

أقسام الواقعة الفقهية والفرق بينها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام الواقعة الفقهية.

المطلب الثاني: الفرق بين أقسام الواقعة الفقهية.

المطلب الأول

أقسام الواقعة الفقهية

مصدر الحق في الشريعة هو الشرع **نَصّاً أَوْ استنباطاً**، فالحق لا يُقَرَّر أَوْ يُهْدَر إلاَّ بدليل الشرع[1].

غير أَنَّ الوقائع الفقهية في علاقتها بالمكلف ومايصدر عنه وجدت ــ بالتتبع والاستقراء ــ **ثلاثة أقسام**، هي:

الواقعة السماوية، والواقعة المكتسبة، والواقعة المبتدأة، وبيان كل واحدة منها فيما يلي:

١ ــ الواقعة السماوية:

والمراد بها: الواقعة التي لا صنع للآدمي فيها، بل هي من الله ــ عزَّ وجلّ ــ ، ولا قدرة للعبد عليها، ولا اختيار له في إحداثها أَوْ دفعها.

---

(١) كشف الأسرار ٢/ ٦٢١، ٤/ ٢٨٧، الفروق ٣/ ٢٠٨، الموافقات ١/ ٨٧، وسائل الإثبات ٦٩ ــ ٧٠، نظرية الدعوى ١/ ١١٣.

وذلك كالصغر، والجنون، والإغماء، والولادة، والموت، وحركة المرتعش، وزوال الشمس، وتَصَرُّم الأيام والأسابيع، والشهور والسنين، والصفات الخِلْقية في الإنسان من الطول والقصر ونحوها مما لا كسب للإنسان فيها.

وكالسيل، والصواعق، والرياح، والزلازل، والأمطار، والبرد، والجليد، وهيجان البحار، وغيرها مما لا صنع للآدمي فيه ولا اختيار، بل هي واقعة شاء الإنسان أَمْ أبى، رضيَ أَمْ سخط.

وكل هذه الوقائع مما سلف ذكره قد رَتَّبَ عليها الشرع أحكاماً فقهية إذا تعلق بها فعل الإنسان ولولم يكن للإنسان اختيار في إحداث هذه الوقائع، والحكم إنَّما يكون على فعل الإنسان المتعلق باختياره[1].

ومن أمثلة ذلك: أنَّه إذا تلف المبيع المكيل قبل قبضه بآفة سماوية انفسخ العقد[2]، وهكذا إذا تلفت الثمرة المباعة دون أصلها بعد بُدُوّ صلاحها قبل أوان جذاذها بآفة سماوية رجع المشتري على البائع بالثمن ولو بعد القبض بالتخلية[3].

---

(١) شرح المنتهى ٢/ ٢١٢، الروض المربع ٤/ ٤٧٩، ٥٥٥، كشف الأسرار ٤/ ٤٣٦، شرح مختصر الروضة ١/ ٢٥٠، تهذيب الفروق ١/ ١٧٩، شرح تنقيح الفصول ٨٠، قواعد الأحكام ١/ ١٣٧، ١٣٨، السبب عند الأصوليين ١/ ٣٢٥، أصول الفقه للخضري ٥٧، وسائل الإثبات للزحيلي ٦٩ ــ ٧٠، الجوائح وأحكامها ٤٥.

(٢) شرح المنتهى ٢/ ١٨٨، الروض المربع ٤/ ٤٧٩.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٢١٢، الروض المربع ٤/ ٥٥٥.

ومن باع أَوْ اشترى وهو مجنون أَوْ صغير لم يَصِحَّ عقده.

ومن أصابته مصيبة فصبر عليها كان مأجوراً عند الله ـ عزَّ وجلّ ـ[1].

فالحكم في جميع ذلك تعلق بفعل الإنسان المكتسب، وهو البيع، والشراء، والصبر على المصيبة وإن لم يكن له إختيار في إحداث الواقعة السماوية نفسها.

٢ ـ الواقعة المكتسبة:

والمراد بها: ما كان من فعل الإنسان وكسبه من الوقائع والأحداث[2].

وذلك مثل: البيع، والإجارة، والوقف، والغصب، والاحتشاش، والاصطياد، وغيرها من سائر الأفعال والأقوال، من التصرفات، أَوْ الإتلافات، أَوْ الجنايات، وموجبات الحدود والتعازير، وهكذا التروك الموجبة للأحكام، وسوف يأتي لذلك مزيد بيان عند الحديث عن أقسام الواقعة الفقهية.

---

(١) القواعد الصغرى ١٠٥.

(٢) قواعد الأحكام ١/١٣٧، ١٣٨، ٢/٨١، كشف الأسرار ٤/٤٣٦، القواعد النورانية ٢٠٢، الفتاوى الكبرى ٣/٤١٢، السبب عند الأصوليين ١/١٣٧، ٣٣١، وسائل الإثبات ٦٩.

٣ ـ الواقعة المُبْتَدَأَة:

والمراد بها: ما ابتدأه الشرع من الوقائع والأحداث بالحكم من غير فعل للمكلف في إحداثه.

فلا يلزم لها كسب الإنسان وقدرته على إحداثها، بل وجوبها من باب تعليق الحكم بسببه المقرر شرعاً، لا بسبب فعل المكلف المكتسب، ولا بسبب سماوي.

وذلك مثل: النفقة على القريب، وتسليم الدية من قبل العاقلة في قتل الخطأ، وتحمّل الدية من بيت المال على من قتل وجُهِل قاتله، أَوْ من قتل في زحمة طواف، والعبادات من الصلاة والصيام والحج، وحقوق الجوار، والمحرمات في النكاح، ونحو ذلك من الوقائع والأحداث التي أوجبها الشرع أَوْ حرمها على المكلف من غير إحداث فعل منه، بل ابتدأه بذلك[1].



(١) شرح مختصر الروضة ١/ ٤١٧، ٤٤٠، القواعد النورانية ٢٠٢، الفتاوى الكبرى ٣/ ٤١٢، الفروق ١/ ٧١، ٧٤، الإحكام للقرافي ٢٣، ٢٤، السبب عند الأصوليين ١٣٧، ٢٢٥، الحكم التكليفي ٤٦، ٤٧.

المطلب الثاني

الفرق بين أقسام الواقعة الفقهية

الفرق بين الوقائع الفقهية الثلاث ـ **السماوية، والمكتسبة، والمبتدأة** ـ : **أَنَّ الواقعة السماوية** حدثت من الله ـ عزَّ وجلّ ـ ، وليس للإنسان اختيار في إحداثها أَوْ دفعها، وليس لها حكم في نفسها، لكن إذا اتصل بها فعل المكلف رَتَّبَ عليها الشرع حكماً.

أَمَّا المكتسبة فإنَّ حدوثها باختيار المكلف، ويرتب عليها الشرع حكماً لذلك العمل المكتسب، فكأَنَّه قال: إذا أحدثت أيها المكلف كذا وكذا فحكمه كذا وكذا، فالمكلف «له أَنْ يباشر أسباب الحِلِّ وأسباب التحريم، وليس له إنشاء نفس التحليل والتحريم»[1].

وأَمَّا المبتدأة فإنَّ الشرع ابتدأ المكلف بحكمها من غير فعل مكتسب منه، ولا سماوي من الله، بل بادأه الشرع بالحكم، فكأَنَّ الشرع قال: افعل كذا أيها المكلف، واجتنب كذا من غير كسب منك.

❑ ❑ ❑

(١) زاد المعاد ٥/ ٦٧٦.



المبحث الثالث

أنواع الواقعة الفقهية

تتنوع[1] الوقائع الفقهية من جهات مختلفة، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة كونها مشروعة أَوْ ممنوعة:

وهي من هذه الجهة نوعان هما[2]:

١ ــ الواقعة المشروعة:

والمراد بها: ما كان من الوقائع مشروعاً، وذلك مثل البيع، والإجارة، والنكاح، ووجوب النفقة على القريب، وغيرها مما هو جائز ومشروع.

٢ ــ الواقعة الممنوعة:

والمراد بها: ما كان من الوقائع ممنوعاً، وذلك مثل: الربا،

---

(١) النوع أخص من القسم، فالقسم يشمل أنواعاً تعود للأقسام أَوْ بعضها.

(٢) السبب عند الأصوليين ١/٣٤٩، ٢/٢٧٥.

والزنى، والسرقة، والقذف، والحرابة، والغصب، والقتل عمداً عدواناً، وإتلاف مال الغير، ونكاح المحارم.

ثانياً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة كونها حقّاً لله أَوْ للآدمي:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[1]:

١ ــ واقعة هي حق لله ــ تعالى ــ :

والمراد بها: ما تعلقت به مصلحة العموم في الدنيا والآخرة.

ومن هذا الحق ما هو محض لله ــ تعالى ــ ، كحد الزنى، وشرب الخمر، والحرابة، والكفارة.

ومنه ما هو مشترك بين حق الآدمي وبين حق الله ولكن حق الله فيه غالب، فلا يَصِحُّ التنازل عنه، ولا الصلح على إسقاطه، مثل: الطلاق بعد وقوعه، والعفو عن القصاص بعد تمامه، فليس للآدمي رفض الطلاق أَوْ رفض العفو عن القصاص بعد وقوعهما ولا الصلح على رفضهما، بينما يملك إيقاع ذلك ابتداءً.

٢ ــ واقعة هي حق للآدمي:

والمراد بها: ما تعلق به حق الآدمي خاصة، أَوْ غلب فيه حق الآدمي، فيكون له التنازل عنه، ويسقط بذلك.

---

(١) الفروق وتهذيبه ١/ ١٤٠، ١٩٧، الموافقات ٢/ ٣١٥، ٣١٨، ٣/ ٢٤٧، وسائل الإثبات ٧٥.

ومن هذا الحق ماكان حقاً محضاً للآدمي، مثل: الدَّيْن، وبدل المتلَف، والنفقة للمكلف.

ومنه ما كان حقاً مشتركاً بين حق الله وحق الآدمي، لكن حق الآدمي فيه غالب، مثل: طلب القصاص، وحدّ القذف عند المالكية والشافعية والحنابلة.

تنبيه: هناك وقائع يترتب عليها عدة أحكام بعضها حق لله وبعضها حق للآدمي، مثل: السرقة، ففيها حق لله من حدّ أَوْ تعزير، وحق للآدمي، وهو المطالبة بِرَدِّ المسروق، فهذه ليست من قبيل الحقوق المشتركة، بل هي من باب ترتب حقوق مُتَعَدِّدَة على واقعة واحدة كل حق مستقل بحكمه.

ثالثاً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة ما تقتضيه من ثبوت أَوْ حَلٍّ وإبطال:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[1]:

١ ــ واقعة تقتضي ثبوتاً:

وذلك مثل: الهبة، والقرض، والبيع، والإجارة، والنكاح، والقرابة في النفقة، ونحو ذلك، فكلها تقتضي ثبوت مسبباتها.

---

(١) الفروق وتهذيبه ٣/ ٢٢١، ٢٣٥، السبب عند الأصوليين ١/ ٣٨١.

٢ ــ واقعة تقتضي حَلًّا وإبطالاً:

وذلك مثل: الإقالة، والإبراء، والطلاق، والخلع، واللعان، والظهار، وفسخ العقود، والجائحة من المطر أَوْ السيل تتلف المبيع قبل القبض تقتضي بطلان العقد.

رابعاً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة ما توجبه من حكم معيَّن أَوْ مخيَّر:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[1]:

١ ــ واقعة تقتضي حكماً معيَّناً:

وذلك مثل: البيع يقتضي تسليم الثمن والمثمن، والإجارة على الدار تقتضي تسليم المأجور، والحكم بالنفقة يقتضي تسليمها.

٢ ــ واقعة تقتضي حكماً مخيَّراً:

وذلك إما على الترتيب أَوْ التسوية أَوْ الجمع بينهما.

فمثال ما وجب مخيَّراً على الترتيب: كفارة مَنْ وَاقَعَ زوجته في نهار رمضان والصوم واجب عليه فعليه عتق رقبة، فإذا لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإذا لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً[2].

ومثال ما وجب على التسوية: فدية الأذى، كمن حلق رأسه

---

(١) الفروق ٢/٨.

(٢) انظر ذلك في: شرح المنتهى ١/٤٥١، الروض المربع ٣/٤١٩.

وهو محرم، فهو مخير بين ثلاثة أمور، هي: صيام ثلاثة أيام، أَوْ إطعام ستة مساكين، أَوْ ذبح شاة[١].

ومثال ذلك في المعاملات: مَنْ بنى أَوْ غرس في أرض غيره خطأً فالراجح أَنَّ البناء يقدر بقيمة، كما تقدر الأرض بقيمة، ويخير رب الأرض إما بتملّك البناء بقيمته، أَوْ أخذ قيمة أرضه وتكون ملكاً لصاحب البناء[٢]، وهكذا الخيار في عيب المبيع بين رده أَوْ أرش نقصه مع إمساكه[٣].

ومثال ما جمع فيه بين التسوية والترتيب: الحنث في اليمين؛ فإنَّه يوجب الكفارة فيها على التساوي: إطعام عشرة مساكين، أَوْ كسوتهم، أَوْ عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام[٤].

خامساً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة القصد:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[٥]:

١ ـ واقعة قصدية:

وهي ما يعتبر لها قصد المكلف وعلمه، وذلك كالجنايات التي

---

(١) انظر ذلك في: شرح المنتهى ٢/ ٣٤، الروض المربع ٤/ ٤٦.

(٢) قواعد ابن رجب ١٤٨.

(٣) الكشاف ٣/ ٢١٨.

(٤) شرح المنتهى ٣/ ٤٢٧، الروض المربع ٧/ ٤٧٧.

(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، شرح مختصر الروضة ١/ ٤١٧، السبب عند الأصوليين ١/ ١٣٣، ٣٢٩.

توجب العقوبات، كالقتل عمداً عدواناً يوجب القصاص إذا قصده، وكالزنى وشرب الخمر لا يوجبان الحد إلاَّ إذا ارتكبهما المكلف قاصداً عالماً بالتحريم، وهكذا أسباب انتقال الأملاك من البيع، والهبة، والوصية، والإجارة، والجعالة، والإقرار، فإنَّها لا توجب مسبباتها إلاَّ إذا قام بها المكلف عالماً قاصداً لإيقاعها؛ فمن باع، أَوْ وهب، أَوْ أجَّر، أَوْ أقرَّ بلفظ لا يفهم معناه لم يؤاخذ بمقتضاه.

٢ ــ واقعة غير قصدية:

وهي ما لا يعتبر لها قصد المكلف وعلمه.

ويجري ذلك فيما عدا ما ذكر في القسم الأول، كالإتلاف يوجب الضمان، وكقتل الخطأ يوجب الدية، وإن لم يعلم المكلف ويقصد ما فعله، وكالقرابة تكون سبباً في استحقاق الإرث وإن لم يعلم بها الوارث.

سادساً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة كونها مفردة أَوْ مركبة أَوْ مُتَعَدِّدَة:

وهي من هذه الجهة ثلاثة أنواع، هي[1]:

---

(١) مستفاد من التقسيم السادس عشر والسابع عشر من المطلب الرابع من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

١ ــ الواقعة المركبة:

وهي المكونة من مجموعة أوصاف مناسبة في ذاتها، لا يتم الحكم إلاَّ بها وذلك مثل القتل العمد العدوان، فإنَّه موجب للقصاص، وهو مركب من ثلاثة أوصاف، هي: القتل، والعمدية، والعدوان، فكلها أوصاف مناسبة للحكم بالقصاص، ومؤثرة فيه، ولو انخرم أحدها لتخلف الحكم.

٢ ــ الواقعة المفردة:

وهي الواقعة المكونة من وصف مؤثر واحد، فهي مغايرة للمركبة، وذلك كالبيع؛ فإنَّه سبب لانتقال المبيع إلى المشتري.

٣ ــ الوقائع المُتَعَدِّدَة:

وهي مجموعة وقائع، كل واحدة منها مستقلة توجب الحكم، وذلك مثل: القتل إذا تَعَدَّدَ موجبه، كأَنْ يقتل الجاني عدة أشخاص، أَوْ يرتد ويقتل.

وقد تتداخل الوقائع فيكفي فيها موجب واحد، وذلك كمن زنى مراراً قبل حده فليس عليه إلاَّ حدّ واحد[١].

ومثل الأم ترضع الطفل لها أجرة الرضاع، لكن إذا كانت تحت

---

(١) في تفصيل أحكام استقلال الوقائع المتعددة، أَوْ تداخلها، انظر: الكشاف ٥/ ٥٤١، ٦/ ٨٥، شرح المنتهى ٣/ ٣٤١.

زوج منفق هو والد الطفل أغنت نفقتها وكسوتها للزوجية عن أجرة المثل للإرضاع[1].

ومثل إتلاف النفس خطأً فيه ديةٌ كاملة، وتتداخل جميع الأعضاء والمنافع المقدرة شرعاً فيه، أَمَّا لو أُتلِفت عدد من المنافع المقدرة شرعاً مع بقاء النفس واستقرارها بالعلاج ففي كل عضو أَوْ منفعة تلفت الديةُ المقدرة لها شرعاً، ولا يدخل بعضها في بعض.

وهكذا لو ذهب العضو كاملاً ففيه الدية المقدرة له شرعاً، ويتداخل جسم العضو مع منفعته، أَمَّا لو ذهبت منفعته وبقي جسمه قائماً ففي المنفعة الدية المقدرة شرعاً للعضو، مثل: العين، يذهب بصرها وتبقى قائمة ففي ذهاب البصر دية العضو كاملاً، ولو تلفت كلها لم يكن فيها سوى دية واحدة بجسمها، ومنفعتها للتداخل[2].

سابعاً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة كونها قولاً أَوْ فعلاً أَوْ تركاً:

وهي من هذه الجهة ثلاثة أنواع:

١ ـ الواقعة القولية:

والمراد بها: ما كان من الوقائع قولاً، وذلك مثل البيع: وسائر العقود من الإجارة، والسلم، والخيار، والقرض، والرهن،

---

(١) الاختيارات ٢٨٦.

(٢) شرح المنتهى ٣/٣٠٦، ٣١٤، ٣١٧، الكشاف ٥/١٨، ٣٤، التشريع الجنائي لعودة ٢/٢٨٨، ٢٩٠.

والضمان، والحوالة، والصلح، والحجر، والوكالة، والشركة، والمساقاة، والعاريّة، والوديعة، والجعالة، والوقف، والهبة، والوصية، والنكاح، والرجعة، والقذف، وهكذا الإقالة، وسائر التصرفات التي تستدعى إبطالاً أَوْ حَلاًّ للعقد بالقول من الطلاق، واللعان، والظهار، وفسخ عقد البيع أَوْ الإجارة أَوْ غيرهما من العقود[1].

وهكذا ما اقتضى إظهاراً لحقٍّ، مثل الإقرار، أَوْ ما ألزم المكلف به نفسه وهو غير واجب عليه بالشرع، كالنذر.

٢ ـ الواقعة الفعلية:

والمراد بها: ما كان من الوقائع فعلاً، وذلك مثل الاحتشاش، والاحتطاب، والاصطياد، وأخذ اللقطة، وإحياء الموات، والإتلاف، والغصب، والسرقة، والقتل، والزنى، وشرب المسكر والمخدر، والحرابة، ونحو ذلك[2].

٣ ـ واقعة الترك:

والمراد بها: ما كان من الوقائع تركاً، وذلك مثل: مَنْ منع فضل مائه عن إنسان حتى مات عطشاً وهو يعلم أَنَّه يموت إن لم يسقه

---

(١) الفروق وتهذيبه ١/٢٠٣، ٢٠٤، ٣/٢٢١، ٢٣٥، المنثور ٢/١٩٠ ـ ١٩١، السبب عند الأصوليين ١/٤١٣.

(٢) المراجع السابقة.

كان قاتلاً، وعليه القصاص عند المالكية[1] وابن حزم (ت: ٤٥٦هـ)[2]، والدية عند الحنابلة[3]، وهكذا مَنْ ترك بهيمته حتى أفسدت مال غيره ضمنه على تفصيل في موضعه[4]، ومن علم بجريمة مما لا يشرع الستر فيها وترك الإبلاغ عنها كان مستحقاً للتعزير، كمن رأى شخصاً يقتل آخر[5].

ثامناً: أنواع الواقعة الفقهية من جهة كونها من فعل المكلف المتصرف أَوْ غيره من المكلفين:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[6]:

١ ــ ما كان من فعل المكلف المتصرف:

وذلك مثل: البيع، والإجارة، والإتلاف.

٢ ــ ما كان من فعل المكلف غير المتصرف:

كالإكراه الملجىء بغير حق من أجنبي من المتعاقدين، فإنَّه

---

(١) شرح الزرقاني مع حاشية البناني ٨/٨.

(٢) المحلى ١٠/ ٥٢٢ ــ ٥٢٣.

(٣) المغني ٩/ ٥٨٠، الكشاف ٦/ ١٥، فتاوى ورسائل ٨/ ١٥٦، وانظر القتل في هذه الصورة: التشريع الجنائي ٢/ ٥٧، الجريمة لأبو زهرة ١٢١، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي ٣٧٤.

(٤) الروض المربع ٥/ ٤١٨، السبب عند الأصوليين ١/ ٣٣١.

(٥) فتاوى ورسائل ١١/ ٢٤١ ــ ٢٤٢.

(٦) أصول البزدوي وشرحه كشف الأسرار ٤/ ٤٣٦، ٦٣١.

فعل من غير المتعاقدين يؤدي إلى بطلان العقد، فمن أكره على البيع والإقرار ولو من أجنبي لم يَصِحَّ ذلك البيع[1]، لكن من أكره على قتل غيره عمداً لم يسقط ذلك القصاص عنه؛ لأَنَّه افتدى نفسه بغيره[2].

تاسعاً: أنواع الواقعة من جهة تنجيزها:

وهي من هذه الجهة نوعان، هما[3]:

١ ـ الواقعة الناجزة:

والمراد بها: ما صدر من الوقائع ناجزاً غير معلق بشرط، مثل: البيع، أَوْ الإجارة، أَوْ الوقف إذا كان مطلقاً من شرط التعليق.

٢ ـ الواقعة المعلقة:

والمراد بها: ما صدر من الوقائع معلقاً على شرط، مثل: الوصية، والوقف على شرط الوفاة[4]، ومثل تعليق البيع على قدوم زيد، أَوْ رأسِ الشهر، أَوْ تعليق طلاق أمرأته بدخول الدار أَوْ الخروج منها، وفي بعض ذلك خلاف وتفصيل يرجع إليه في مظانّه.



---

(١) انظر في شيء من أحكام الإكراه على البيع: الإنصاف ٤/ ٢٦٥، الكشاف ٣/ ١٥٠، مجلة الأحكام الشرعية للقاري ٤٧١.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٢٧٤، الروض المربع ٧/ ١٨٢.

(٣) الفروق ١/ ٧١، الإحكام للقرافي ١/ ٢٤، نظرية الشرط للشاذلي ٥٩.

(٤) وله حكم الوصية (الدرر السنية ٥/ ٢٤٤ م ٤).

الفصل الأول

أهمية الواقعة القضائية وأقسامها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أهمية الواقعة القضائية.

المبحث الثاني: أقسام الواقعة القضائية.

المبحث الأول

أهمية الواقعة القضائية

سبق أن بَيَّنَّا الحكم الشرعي الكلي، وأنَّه مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أَوْ تخييراً، أَوْ صِحَّةً وبطلاناً، وبَيَّنَّا أَنَّ له سمتين، هما: العموم والتجريد[1]، لكن الحكم الكلي الفقهي بهذه الصفة يبقي نظرياً ساكناً منزلاً في الأذهان، حتى إذا لامسته الواقعة القضائية حركته من سكونه وشخَّصته، فصار منزلاً على الأعيان والأشخاص، فالواقعة القضائية هي المحل الذي يعمل فيه الحكم الكلي، ومن هنا تأتي أهمية الواقعة القضائية؛ فهي التي تحرك الحكم الكلي الفقهي نحو تَوْصِيفها.

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «الحاكم محتاج إلى ثلاثة أشياء لا يَصِحُّ له الحكم إلاَّ بها: معرفة الأدلة، والأسباب، والبينات، فالأدلة تُعَرِّفه الحكم الشرعي الكلي، والأسباب تعرفه ثبوته في هذا المحل المعين أَوْ انتفاءه عنه، والبينات تعرفه طريق

(١) انظر: المبحث الثاني والثالث من التمهيد من الباب الأول.

الحكم عند التنازع، ومتى أخطأ في واحد من هذه الثلاثة أخطأ في الحكم، وجميع خطأ الحُكَّام مداره على الخطأ فيها أَوْ بعضها.

مثال ذلك: إذا تنازع عنده اثنان في رد سلعة مشتراة بعيب، فحكمه موقوف على العلم بالدليل الشرعي الذي يسلط المشتري على الرد[1]، وهو إجماع الأمة المستند إلى حديث المصراة[2] وغيره، وعلى العلم بالسبب المثبت بحكم الشارع في هذا البيع المعين[3]، وهو كون هذا الوصف عيباً يسلط الرد أَمْ ليس بعيب، وهذا لا يَتَوَقَّفُ العلم به على الشرع، بل على الحسّ، أَوْ العادة، أَوْ الخبر، ونحو ذلك، وعلى البينة التي هي طريق الحكم بين المتنازعين. . .»[4].

وبهذا يتبين بأَنَّ الواقعة القضائية هي التي تحرك الحكم الكلي من عمومه وتجريده لِيَنْزِل على الوقائع فيشخصها، وتدب فيه الحركة بعد السكون؛ ذلك أَنَّ القاضي إنَّما يحكم ويلزم في الوقائع المعينة، يقول ابن تَيْمِيَّة (ت: ٧٢٨هـ): «وحكام المسلمين

---

(١) والمراد به: الحكم الكلي الفقهي.

(٢) حديث المصراة: عن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها، فإن رضي حلابها أمسكها، وإلا ردها ومعها صاع من تمر». متفق عليه واللفظ لمسلم، فقد رواه البخاري (الفتح ٤/ ٣٦١، ٣٦٨)، وهو برقم ٢١٤٨، ٢١٥١، ومسلم ٣/ ١١٥٨، وهو برقم ١٥٢٤.

(٣) المراد به: أدلة مُعَرِّفَات الحُكْم، وهي المعروفة بأدلة وقوع الأحكام.

(٤) بدائع الفوائد ٤/ ١٢.

يحكمون في الأمور المعينة، ولا يحكمون في الأمور الكلية»[1].

فالأحكام الكلية إنَّما شرعت لِتُنَـزَّل على الوقائع المعينة، لا لتبقى عِلْماً مطلقاً لا حقيقة له ولا واقع، يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «. . . الشرائع إنَّما جاءت لتحكم على الفاعلين من جهة ما هم فاعلون»[2]، ويقول في موضع آخر: «ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد[3] لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلاَّ في الذهن»[4].

ولذلك فإنَّه لا بُدَّ لكل حكم قضائي من مقدمتين؛ **إحداهما**: الحكم الكلي، **والأخرى**: الواقعة القضائية، **فالثانية** محل الحكم، **والأولى** حاكمة عليه[5].



---

(١) منهاج السنة ٥/ ١٣٢.

(٢) الموافقات ٣/ ٤٤.

(٣) يعني تحقيق المناط بتنزيل الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية، وهو التَّوْصِيف.

(٤) الموافقات ٤/ ٩٣.

(٥) الاعتصام ٢/ ١٦١، الموافقات ٣/ ٤٣، ١/ ٣٣٤، البهجة ١/ ٣٦، مقاصد الشريعة ٣١.



المبحث الثاني

أقسام الواقعة القضائية

وفيه:

* أقسامها من جهة التأثير وعدمه.
* أقسامها من جهة كون المؤثرة مفردةً أَوْ مركبةً.
* أقسامها من جهة كون المؤثرة أصليةً أَوْ بديلةً.

مدخل

إنَّ الواقعة القضائية هي محل التَّوْصِيف، وقد قلنا في بيانها بأَنَّها الحادثة التي يقع فيها التنازع لدى القاضي تقتضي فصلاً بحكم ملزم، أَوْ صلحٍ عن تراض.

وأساسها الوقائع الفقهية، ولذا فكل تقسيم قلناه هناك في أنواع الوقائع الفقهية يجري على الواقعة القضائية في جانب الحكم الكلي، غير أَنَّا هنا نذكر أقساماً تخص الواقعة القضائية بصفتها موضعاً للتنازع، وتنقسم من جهات مُتَعَدِّدَة، هي:

أولاً: أقسام الواقعة القضائية من جهة التأثير وعدمه:

وتنقسم من هذه الجهة ثلاثة أقسام، هي[1]:

١ ــ الواقعة المختلطة:

---

(١) تهذيب الفروق ٤/٩٧، البهجة ١/٣٦، مزيل الملام ١١٥، تأسيس النظر للدبوسي ٢٩، القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله ٦٢، ٦٣، الحاوي ١٧/٢٩٩، الفكر السامي ٢/٤٢٨.

والمراد بها: ما يقدمه الخصم مدعياً أَوْ مدعى عليه للقاضي عند المخاصمة من دعوى، وإجابة، ودفوع، مشتملة على وقائع طردية ومؤثرة، فإذا قدمت هذه الوقائع كان على القاضي تنقيحها بإبقاء مؤثرها، وحذف طرديها.

٢ ـ الواقعة المؤثرة:

والمراد بها: ما شهد له الشرع بالاعتبار والتأثير في الحكم القضائي من أقوال الخصوم، ودفوعِهم الواردة في الدعوى والمتعلقة بها.

فإنَّ الدعوى يرد فيها وقائع كثيرة سواء في الدعوى والإجابة، أَمْ الدفوع والمباحثات بين الخصمين، أَوْ من أحدهما، أَوْ كليهما مع القاضي، فما كان له تأثير في الحكم القضائي فهو المراد بالواقعة المؤثرة.

ومن الوقائع المؤثرة ما هو مؤكد لا مؤسس، كاشتراط تسليم المبيع، والرد بالعيب، وسائر شروط مقتضى العقد[1].

ومنها ما تأثيره مباشر، وذلك كأَنْ يدعى رجل أَنَّه اشترى من زيد داره، ويطلب تسليم الدار له، وينكر زيد هذا العقد، فهنا الواقعة المؤثرة هي شراء المدعي الدار، فيَنْصَبُّ الإثبات عليها عند الإنكار، ويمكن أَنْ نطلق على هذه الواقعة المؤثرة: الواقعة الأصلية.

---

(١) انظر شروط مقتضى العقد في: شرح المنتهى ٢/ ١٦٠، الروض المربع ٤/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣.

كما أَنَّ من الوقائع المؤثرة ما يكون تأثيره غير مباشر، وهي الواقعة التي يكون ثبوتها موصلاً إلى ثبوت الواقعة مباشرة، وذلك هو شأن القرائن، كحيازة المشتري العين ــ أي وضع يده عليها ــ مدة دالة على حيازة المُلَّاك أملاكهم، ويمكن أَنْ نطلق على هذه الواقعة المؤثرة الواقعة التبعية.

٣ ــ الواقعة الطردية:

والمراد بها: ما دَلَّ الشرع بأن لا مدخل ولا تأثير لها في الحكم القضائي من أقوال الخصم ودفوعه الواردة في الدعوى والإجابة، فهي الوقائع والأوصاف التي لا ثمرة من وجودها أَوْ فقدها.

فالخصم يذكر أموراً وحوادث في الدعوى والإجابة، ونجد أَنَّ بعضاً منها لا مدخل ولا تأثير له في الحكم أصالةً أَوْ تبعيةً، فهذا هو المراد بالواقعة الطردية.

والوقائع الطردية منها ما هو طردي مطلقاً لا تأثير له في الحكم القضائي، كالأمور التي لا تدخلها الأحكام من العبادات صِحَّةً وفساداً، ومسائل العلم الكلية، ومسائل العقيدة؛ كالرؤية، والفضائل، والمندوبات، والمكروهات، فهذه وقائع طردية مطلقاً لا يدخلها الحكم القضائي البتة[1].

ومثل ما يذكره الخصم في دعواه أَوْ إجابته ودفوعه من كون

---

(١) مجموع الفتاوى ٣/ ٢٣٨، ٢٧/ ٢٩٧، ٣٥/ ٣٦٠، بداية المجتهد ٢/ ٤٦١.

الخصم أثناء التعاقد كان يشرب القهوة، أَوْ يلبس ثوباً أبيض، ونحو ذلك من الهيئات والأحوال التي الأصل عدم تأثيرها في الحكم.

ومن الوقائع الطردية ما هو طردي في موضع النزاع فقط ويكون مؤثراً في نزاع آخر، وذلك كأَنْ يدّعي شخص جهالة العمل المتعاقد عليه في الجعالة، كما لو قال شخص: من رَدَّ ضالتي فله كذا، فإنَّ هذا الادعاء في الجعالة طردي؛ لأَنَّها تَصِحُّ ولو مع جهالة العمل، لكن لو ادعي ذلك في الإجارة كان وصفاً مؤثراً؛ لأَنَّ الإجارة يشترط لها معرفة المنفعة إما بوصف أَوْ مشاهدة أَوْ عرف[1].

وسيأتي في وسيلة تنقيح الوقائع بيان لطريقة تنقية وتخليص الوقائع، وتمييز مؤثرها والاعتداد به، وإلغاء طرديها.

ثانياً: أقسام الواقعة القضائية المؤثرة من جهة إفرادها وتركيبها:

وتنقسم من هذه الجهة قسمين، هما:

١ ــ الواقعة المفردة:

والمراد بها: ما كانت فيه الواقعة من باب واحد ولو تركبت من أوصاف مُتَعَدِّدَة، وذلك مثل: القتل العمد العدوان، فإنَّها واقعة مفردة، ولكن لها أوصاف مُتَعَدِّدَة هي: القتل، والعمد، والعدوان؛ فتركيبها فقهي لا قضائي.

---

(١) انظر في ذلك: شرح المنتهى ٢/ ٣٥١، ٤٦٨، منار السبيل ١/ ٤١٣، ٤٥٦.

٢ ــ الواقعة المركبة:

والمراد بها: ما كانت فيه الواقعة من أبواب مُتَعَدِّدَة، وذلك مثل دعوى زيد (صاحب الحق) على عمرو (الضامن) بأَنَّ خالداً (المضمون) مدينٌ له بمائة ألف ريال، فهذه الدعوى في حقيقتها مركبة من دعوى المدعي أَنَّ خالداً مدين له، وأَنَّ عَمْراً ضمنه؛ يقول ابن خلدون (ت: ٨٠٨هـ): «وربما تركبت الواقعة من عدة أبواب فليفحص ــ يعني القاضي ــ عن ذلك وليميز لكل باب محله منها»[١].

فدعوى الضمان والحوالة وما شابههما وقائع قضائية مركبة.

ثالثاً: أقسام الواقعة القضائية المؤثرة من جهة كونها أصلية أَوْ بديلة:

وتنقسم من هذه الجهة قسمين، هما: أصلية، وبديلة، وبيانهما فيما يلي:

١ ــ الواقعة الأصلية:

والمراد بها: ما كان من الوقائع هو موضوع الادعاء أصلاً، مثل: أَنْ يطالب المدعي بأجرة داره على زيد من الناس.

---

(١) مزيل الملام ١١٥.

٢ ــ الواقعة البديلة:

والمراد بها: ما صَحَّ بدلاً عن الواقعة الأصلية محل الادعاء عند عدم ثبوتها، وذلك مثل: أَنْ يدعي شخص على آخر بأجرة داره، ولم يثبت عقد الإجارة، ولكن ثبت أَنَّ المدعى عليه قد شغل الدار بمتاعه، فتَصِحُّ هذه الواقعة بدلاً عن الدعوى الأصلية، ويقضى له بأجرة المثل، ومن القواعد المقررة: أَنَّ البدل يقوم مقام المبدل إذا تعذر المبدل منه[١].

ومثل ذلك ــ أيضاً ــ : أَنْ يدّعي شخص بالشفعة على جاره؛ لاشتراكهما في مسيل، فلا يثبت المسيل، لكن ثبت اشتراكهما في طريق غير نافذ، أَوْ ثبت اشتراكهما في أصل الملك على وجه الشيوع، فتَصِحُّ الواقعة البديلة، ويقضى بها عند ثبوتها.

ومن ذلك: أَنْ يدعي إنسان على آخر ملكية العقار الذي تحت يده بسبب معين كالإقطاع ولا يثبت هذا السبب، ويثبت سبب آخر موجب للملك كالإحياء، فتَصِحُّ الواقعة البديلة عند ثبوتها ويقضى بها[٢]، فالعلة إذا خلفتها علة أخرى استمر الحكم مستنداً إلى الثانية[٣].

---

(١) القواعد لابن رجب ٣١٤، القواعد والأصول الجامعة ٧١.

(٢) انظر واقعة على هذا المثال في: فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٨٠ ــ ٣٨٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢/٦، المنثور ٢/٤٢٣.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ الواقعة البديلة لا بُدَّ من الادعاء بها إذا ظهرت وتمسك بها الخصم، أَمَّا إذا لم يتمسك بها الخصم مع علمه بها فلا يقضى له بها، إلاَّ إذا كانت الدعوى في حق الله فلا يلزم الادعاء والتمسك بها؛ إذ يجوز سماع البينة على حق الله من غير تقدم دعوى.

تنبيه: الواقعة المُوَصَّفَة ابتداءً:

هناك نوع من الوقائع موصف ابتداءً، مثل: تحديد المثل في جزاء الصيد بأَنَّ في الضبع كبشاً، ومثل الهبة بقرينة دالة على قصد الإثابة، وتَوْصِيفها بأَنَّها بيع لها أحكامه، فمثل هذا التَّوْصِيف إنَّما هو تَوْصِيف فقهي[1]، وعمل المفتي والقاضي فيه التحققُ من الواقعة، وتطبيقها على التَّوْصِيف الفقهي، فلا بُدَّ فيه من التَّوْصِيف الفتوي والقضائي.



(١) انظر: أقسام التَّوْصِيف في الفقرة (أولاً) من الموضوع الخامس من التمهيد من هذا الكتاب.

الفصل الثاني

شروط الواقعة القضائية المؤثرة وتنقيحها وإثباتها واستنباطها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: شروط الواقعة القضائية المؤثرة.

المبحث الثاني: تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة.

المبحث الثالث: إثبات الواقعة القضائية المؤثرة.

المبحث الرابع: استنباط الواقعة القضائية المؤثرة.

المبحث الأول

شروط الواقعة القضائية المؤثرة

وفيه الشروط الآتية، وهي:

١ ـ أَنْ تكون الواقعة بحق مشروع للمدعى فيه مصلحة.

٢ ـ أَنْ تكون الواقعة لازمة عند ثبوتها.

٣ ـ أَنْ تكون الواقعة متعلقة بالدعوى.

٤ ـ أَنْ تكون الواقعة محررة.

٥ ـ أَنْ تكون الواقعة ممكنة الوقوع.



الواقعة المؤثرة: هي الواقعة التي شهد لها الشرع بالتأثير في الحكم القضائي[1].

وإذا استطعنا معرفة الواقعة المؤثرة بتحقق شروطها سهل علينا معرفة الطردية واستبعادها، ولا يتحقق تأثير الواقعة في الحكم القضائي إلاَّ باستجماعها الشروط الآتية:

١ ــ أَنْ تكون الواقعة حقًّا مشروعاً للمدعي فيه مصلحة من جلب نفع أَوْ دفع ضرّ:

فلا بُدَّ لتأثير الواقعة في الحكم القضائي وصلوحها للتَّوْصِيف من أَنْ تكون معتدًّا بها شرعاً، فالحقوق، والأملاك، وجميع الأسباب لا تؤثر بنفسها في الوقائع إلاَّ إذا جعلها الشرع كذلك، فالشريعة حاكمة على كل شيء إفراداً وتركيباً[2].

والواقعة القضائية إذا كانت في شيء غير محترم شرعاً فإنَّها تفقد التأثير الإيجابي في الحكم القضائي عند الجمهور، وذلك

---

(١) انظر: الفقرة (أولاً) من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

(٢) الفروق ٣/٢٠٨، الموافقات ١/٧٨، وسائل الإثبات ٦٩ ــ ٧٠.

كالمطالبة بمهر البغي، وحلوان الكاهن، والفوائد الربوية[1]، وخالف ابن تَيْمِيَّة (ت: ٧٢٨هـ) في ذلك، فهو يرى أَنَّ ثمن الخمر لا يحلّ للخمَّار، فلا يقضى لبائع الخمر بثمنها قبل القبض، ولو أعطى مشتريها الثمنَ لبائعها لم يُحْكَم بردِّه للبائع، بل يؤخذ ويصرف في مصالح المسلمين[2]، وهو قول له قوة، وعليه يجوز الدعوى بالمال غير المحترم في مثل هذه الحالة، ويحكم به لبيت المال.

وتجوز المطالبة بكل حق مباح ـ عينٍ أَوْ دَيْن ـ للمدعي فيه نفع أَوْ دفع ضرر ولو كان الضرر المدفوع متوقعاً لا واقعاً إذا عرف وقوعه عادة[3].

ولا تكون الواقعة مؤثرة إذا كانت الدعوى حيلة لا حقيقة فيها للتنازع[4]، أَوْ كانت الدعوى غير مفيدة للمدعي، بل كانت لعباً وتعنتاً[5]، وأَمَّا دعاوى الحسبة فلا يشترط لتأثيرها مطالب له مصلحة خاصة[6].

---

(١) مغني ذوي الأفهام ٢٣١، الإتقان لمياره ١/ ١٨، الحاوي ١٧/ ٢٩٦، قواعد المقري (مخطوط) لوحة رقم ١٢٤، وسائل الإثبات للزحيلي ٩١ ـ ٩٢.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٨/ ٦٦٦، ٢٩/ ٣٠٩.

(٣) المدخل للزرقاء ٢/ ٩٧٨، ٩٨١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٩٨، الفواكه البدرية ١٤٦.

(٥) الذخيرة ١١/ ٧.

(٦) شرح المنتهى ٣/ ٣٦١، ٤٨١، الكشاف ٦/ ٣٣١، الروض المربع ٧/ ٣٤٧.

٢ ـ لزوم الواقعة عند ثبوتها:

فالواقعة القضائية المؤثرة هي التي تلزم على فرض ثبوتها كالبيع، والإجارة، ونحوها من العقود التي تلزم عند صـدورها.

أَمَّا الوقائع غير اللازمة كالهبة قبل القبض فلا تأثير لها في الحكم القضائي؛ لأَنَّه لا يَصِحُّ الإلزام بها قبل قبضها كما هو مذهب الجمهور، خلافاً للمالكية[١].

٣ ـ أَنْ تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

لا يكفي في الواقعة القضائية مشروعيتها، ولا لزومها، بل لا بُدَّ من تعلقها بالدعوى والمطالبة المرفوعة حالاً أمام القاضي، وإلاَّ كانت هدراً غير مؤثرة[٢]، وهذا يشمل الواقعةَ الأصلية، وهي الواقعة المتنازع فيها، والواقعةَ التبعية، وهي التي يؤدي ثبوتها إلى ثبوت الواقعة الأصلية المتنازع فيها، كالقرائن المتعلقة بالإثبات، والتي يستنبط منها ثبوت الواقعة المؤثرة أَوْ نفيها[٣]، فكلها تُعَدُّ متعلقة بالدعوى، **ويُخْرِجُ هذا الشرط** الواقعة الطردية في موقع النزاع وإن

---

(١) قـرة عيـون الأخبـار ١/ ٢٩٢، المبسـوط ١٧/ ٣٠، تبصـرة الحكـام ١/ ١٤٦، الإتقان لميارة ١/ ١٨، روضة الطالبين ١٢/ ١٠، الفروع ٦/ ٤٦٣، الإنصاف ١١/ ٢٧٦، نظرية الدعوى ١/ ٣٠٩، وسائل الإثبات للزحيلي ٩٣.

(٢) الحاوي ١٧/ ١٩٩، البهجة ١/ ٣٦.

(٣) انظر ما سبق في: الواقعة المؤثرة الفقرة (أولاً) من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

كانت مؤثرة في نزاع آخر غير منظور لدى القاضي حالاً، كجهالة المتعاقد عليه في الجعالة، فإنَّه عند النزاع في الجعالة يكون طردياً، وعند النزاع في الإجارة يكون مؤثراً.

٤ ـ أَنْ تكون الواقعة محررة:

وذلك بأَنْ تكون الواقعة القضائية محددة، وموصوفة، ومعرفاً بها تعريفاً ينافي الجهالة، فالواقعة إذا كانت مجهولة فلا تكون مؤثرة؛ لأَنَّها غير مفيدة في الدعوى؛ لجهالتها، وعدمِ إمكان القضاء فيها، ولا سماع البينة عليها[1].

فلا بُدَّ من تحديد العقار، وبيان عدد النقود وجنسها، ونحو ذلك مما يلزم في تحديد المتنازع عليه في وصفه الخارجي، واستثنى العلماء بعض الصور تَصِحُّ الدعوى بها مجهولة، وتكون مؤثرة مع جهالتها، وذلك كالوصية، وعوض الخلع، ونحوهما مما يَصِحُّ مجهولاً[2]، وينظر في بيانه وتفسيره.

وهكذا لا بُدَّ من بيان المدعى به في وصفه الشرعي، وذلك بأَنْ يذكر شروط عقد النكاح مثلاً إذا كانت الواقعة في دعوى نكاح

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، عقد الجواهر ٣/ ٢٠٠، شرح عماد الرضا ١/ ٦١، ٧٦، الإنصاف ١١/ ٢٧١، الكشاف ٦/ ٤٤، نظرية الدعوى ١/ ٣٤١، وسائل الإثبات للزحيلي ٨٩.

(٢) قرة عيون الأخيار ١/ ٢٩١، ٢٩٥، تبصرة الحكام ١/ ٤٥، شرح عماد الرضا ١/ ٧٧، المغني ١١/ ٤٤٨، شرح المنتهى ٣/ ٤٨٢.

ابتداءً، لا استدامته، ولا يلزم ذكر شروط عقد بيع وإجارة؛ حملاً لهما على الصِّحَّة[1].

ومتى جهلت الواقعة المؤثرة، ويُئِس من الوقوف عليها، أَوْ شق اعتبارها كانت كالمعدومة، لا تأثير لها ولو كان الأصل بقاءها[2]، فلو ادعى المدعي بأَنَّه اشترى جزءاً مشاعاً من عقار حدَّده، ووصفه، ولكنه لم يذكر مقدار هذا الجزء ـ ثلثاً أَوْ ربعاً أَوْ أمتاراً معلومة مشاعة ـ فإنَّ هذه الواقعة لا تعتبر حتى يدعي المدعي بجزء معين.

٥ ـ أَنْ تكون الواقعة ممكنة الوقوع:

فلا تكون الواقعة القضائية مؤثرة إلاَّ إذا كانت ممكنة الوقوع، منفكة عما يكذبها شرعاً وعقلاً وحسّاً وعرفاً، وغير متناقضة مع أمر سبق صدوره من الخصم ومن في حكمه، أَمَّا إذا لم تنفك عما يكذبها من أحد هذه الوجوه فلا تكون مؤثرة.

فمثال ما كُذِّب شرعاً: الدعوى بأكثر من النصيب الشرعي في المسألة الإِرثية، كأَنْ تدعي الأخت في مسألة انحصر الوارث فيها في أخت وأخ شقيقين بأَنَّ لها النصف، وليس لها إلاَّ الثلث؛ لأَنَّ للذكر مثل حظ الأنثيين في مثل هذه الصورة.

---

(١) الإنصاف ١١/ ٢٧٧، الكشاف ٦/ ٣٤٦، المغني ١٢/ ١٦٦.

(٢) القواعد لابن رجب ٢٣٧، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٢٢، الاختيارات ٢٨١، قواعد الونشريسي ٨٩، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ٦٠.

ومثال ما كُذِّب عقلاً: من يدعي بأَنَّ زيداً قتل أباه منذ عشرين عاماً، وسِنُّ المدعى عليه دونها.

ومثال ما كُذِّب حساً: أَنْ يدعي شخص بأَنَّ أباه قد قُتِل، وهو حيٌّ مشاهد.

ومثال ما كُذِّب عرفاً: أَنْ يدعي بأَنَّه قد استأجر السلطان لحمل حزمة بقل ونحوه.

ومثال ما كانت فيه الدعوى متناقضة مع أمر سبق صدوره من المدعي: أَنْ يدعي على شخص بأَنَّه قتل أباه منفرداً، ثم يدعي على آخر بالمشاركة، فلا تسمع الدعوى الثانية إلاَّ أَنْ يدعي غلطاً ممكناً في الأولى، فتسمع الثانية[1].



(١) الفواكه البدرية ١٠٤، تبصرة الحكام ١/ ١٤٨، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٥، شرح المنتهى ٣/ ٤٨٣، نظرية الدعوى ١/ ٣٧٢، وسائل الإثبات ٩٤، دعوى التناقض والدفع في الشريعة ٤٨.

المبحث الثاني

تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف تنقيح الواقعة القضائية.

المطلب الثاني: أهمية تنقيح الواقعة القضائية.

المطلب الثالث: وسيلة تنقيح الواقعة القضائية.

المطلب الرابع: تنقيح الواقعة القضائية ابتداءً وانتهاءً.

المطلب الخامس: سير القاضي في تنقيح الواقعة القضائية.

المطلب الأول

تعريف تنقيح الواقعة القضائية

تعريف التنقيح والواقعة لغةً:

التنقيح لغة: مأخوذ من (نقَّحت) ــ بتشديد القاف ــ مبالغة وتكثير.

وأصلها (نَقَحَ) تَدُلُّ على تنحية شيء عن شيء، ونَقَحْتُ الشيء: خلَّصت جيده من رديئه، ونَقَحْتُ العود: نقَّيته من عقده ــ أي أزلت أُبَنَه ــ وتنقيح الشِّعر تهذيبه، وشِعْر منقَّح: أي مفتش ملقى عنه ما لا يصلح فيه[1].

فالتنقيح في اللغة: التخليص والتهذيب[2].

أَمَّا الواقعة: فقد سبق تعريفها لغة[3].

---

(١) مقاييس اللغة ٥/ ٤٦٧، المصباح المنير ٢/ ٦٢٠، مختار الصحاح ٦٧٥.

(٢) شرح مختصر الروضة ٣/ ٢٣٧.

(٣) انظر ذلك في: المطلب الأول من المبحث الأول من التمهيد في الباب الثاني.

المراد بتنقيح الواقعة القضائية المؤثرة:

والمراد بتنقيح الواقعة القضائية المؤثرة هنا: تمحيص الوقائع القضائية المختلطة، وتخليصها من الأوصاف والوقائع الطردية التي لا مدخل لها ولا تأثير في تَوْصِيف الواقعة، والحكمِ فيها، وتعيينِ الوقائع والأوصاف المؤثرة في تَوْصِيف الواقعة القضائية والحكم فيها.

فهو الاجتهاد في حذف بعض الوقائع والأوصاف من الوقائع القضائية المدَّعاة، والتي لا ثمرة في وجودها أَوْ فقدها، وتعيين بعضها للتَّوْصِيف والحكم القضائي.

وذلك بأَنْ تكون بعض الأوصاف والوقائع لا دخل لها في تَوْصِيف الواقعة ولا الحكم فيها، فتحذف حتى تتعين الأوصاف والوقائع المؤثرة في التَّوْصِيف، والحكمِ القضائي، فينظر في إثباتها وتقريرها وتَوْصِيفها.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ بعض الأوصاف والوقائع المؤثرة قد يسكت عنها الخصم فيلزم القاضي الاستفسار عنها حتى تتم صورة الواقعة المؤثرة[1].

---

(١) البهجة ١/٣٦، مزيل الملام ١١٥ تهذيب الفروق ٤/٩٧، إعلام الموقعين ٤/١٨٧، مواهب الجليل ٦/٨٧، الحاوي ١٧/٢٩٩، الفكر السامي ١/٧٢ ـ ٧٣، ٢/٤٢٨، مذكرة الشنقيطي ٤٤.

ومن جمع في دعواه بين ما يتعلق به تَوْصِيف الواقعة والحكم فيها وبين ما لا يتعلق به ذلك فلا يعتد بما لا يتعلق به التَّوْصِيف والحكم القضائي، بل الاعتداد بما له تعلق بالتَّوْصِيف والحكم، فعلى القاضي الاجتهاد في تنقيح الواقعة حتى تكون بعد تنقيحها مهذبة مرتبة، كأَنَّه لم يذكر فيها سوى ما يتعلق به التَّوْصِيف والحكم القضائي[1].



(١) تأسيس النظر للدبوسي ٢٩.



المطلب الثاني

أهمية تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة

لتنقيح الوقائع القضائية أهمية كبيرة عند تَوْصِيفها، فتنقيحها يبين ما يتعلق به الحكم فيعتد به، وما لا يتعلق به الحكم فيلغى، وبذلك يتمكن القاضي من تحديد الوقائع المؤثرة في الحكم أصليةً أَوْ تبعيةً، والنظرِ في إثباتها بطرق الحكم، وتَوْصِيفِها، والحكمِ فيها، وبدون ذلك قد يستطرد القاضي في إثبات بعض الوقائع غير المؤثرة، فيضيع جهده ووقته، ويتعب الخصوم، ويطول أمد الفصل في القضية في أمرٍ لا فائدة فيه.

ولذلك فلا غرو أَنْ تتواصل كلمات العلماء وتقريراتهم على الاهتمام بتنقيح الواقعة، من ذلك:

يقول الدبوسي (ت: ٤٣٠هـ): «الأصل عند أبي حنيفة: أَنَّ من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم، والعبرة لما يتعلق به الحكم والحكم يتعلق به، فكأَنَّه لم يذكر في كلامه سوى ما يتعلق به الحكم»[١].

---

(١) تأسيس النظر ٢٩.

ويقول الماوردي (ت: ٤٥٠هـ) ــ فيما سماه بالدعوى الزائدة ــ: «. . . أَنْ تكون الزيادة هدراً غير مؤثرة، كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا، أَوْ في سوق كذا، فلا يؤثر في الدعوى، ويطرح للحاكم(١) سماعها»(٢).

ويقول ابن عرفة (ت: ٨٠٣هـ): «فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراكِ ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغي طرديها، ويعمل معتبرها»(٣).

ويقول ابن خلدون (ت: ٨٠٨هـ): «وربما تركبت الواقعة من عدة أبواب، فليفحص عن ذلك، وليميز لكل باب محله منها، ثم ينقح الواقعة بأخذ ما يتعين اعتباره، وإلغاء ما لا مدخل له في الحكم بحذف، إن اختل زلت قدم الحاكم ﴿ فَأُمُّهُۥ هَاوِيَةٌ ۝٩ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا هِيَهْ ۝١٠ نَارٌ حَامِيَةٌۢ ۝١١ ﴾ [القارعة: ٩ ــ ١١]، ثم يطبق الحكم العدل على ما ينقح له»(٤).

ويقول الشيخ محمد بن إبراهيم (ت: ١٣٨٩هـ): «إنَّ القاضي

---

(١) هكذا في الأصل: للحاكم، ولعل صوابها: الحاكم.

(٢) الحاوي ١٧/ ٢٩٩.

(٣) نقلاً عن مواهب الخليل ٦/ ٨٧، البهجة ١/ ٣٦ تهذيب الفروق ٤/ ٩٧، الفكر السامي ٢/ ٤٢٨، وفي المرجع الأخير قال: أشار لهذا ابن عرفة، وأصله لشيخه ابن عبدالسلام.

(٤) مزيل الملام ١١٥.

إذا جلس إليه الخصوم فعليه أَنْ يجتهد في كل طريق لإيضاح وجه الحكم وتبيينه، وإيصالِ الحق إلى صاحبه. . . ويستفسر من الخصوم عن كل ما تتطلبه القضية، ويحدد الدعوى، وهذا لا يتأتى غالباً إلاَّ بزيادة وإيضاحات. . . فعلى القاضي أَنْ يسلك أقرب الطرق التي تنهي القضية، ولا يطيل على الخصوم الأخذ والرَّد، أَوْ يتركهم يتخبطون في وجهة غير مجدية، وهو يجد لهم طريقاً شرعية أقرب منها، وكل هذا من أعمال القاضي المسؤول عنها»[1].

❑ ❑ ❑

(١) فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٨١.

المطلب الثالث

وسيلة تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة

إنَّ تنقيح الوقائع القضائية لإعمال مؤثرها وحذف وإلغاء طرديها بحيث تكون الواقعة المؤثرة بعد تنقيحها وكأنَّه لم يرد فيها سوى الأوصاف والوقائع المؤثرة منقحةً مرتبةً مهذبةً ـ له وسيلته، وهي: **التحليل، والمقابلة بين الحكم الكلي الفقهي وبين الوقائع القضائية المختلطة**، فيحلل الحكم الكلي الفقهي إلى عناصره الأساس (المُعَرِّفَات، والحكم)، ومقابلتها بالوقائع القضائية المختلطة.

فيقوم القاضي بتحديد الحكم الكلي الفقهي الملاقي للواقعة[1]، سواء كان نَصّاً من الكتاب والسنة، أَمْ كان من كلام أهل العلم، أَمْ اجتهد القاضي في تقريره وتأصيله على نحو ما بيَّنَّا سابقاً في تقرير الحكم الكلي.

---

(١) مزيل الملام ١١٤، درر الحكام لحيدر ٤/ ٦٠٢.

ومن المهم الرجوع إلى النَّصّ المقرر للحكم الكلي، والتحقق من الشروط المقتضية له من مظانه، وعدم الاعتماد على حفظ القاضي له حتى لا يفوته شيء منه.

وبعد ذلك يقوم القاضي بتحليل مُعَرِّفَات الحُكْم الكلي الفقهي الموجودة في النَّصّ الشرعي، والتي تُمَثِّل فروض الحكم الكلي وعناصره التنظيرية الكلية؛ من السبب والشرط وعدم المانع، ومن ثَمَّ يعرض القاضي الواقعة القضائية على هذه الفروض والأوصاف والمُعَرِّفَات الكلية **وصفاً وصفاً**، فما قابل منها المؤثر فهو مؤثر نعتدُّ به، وما خلا من ذلك فهو الطردي الذي يحذف ويلغى[1]؛ وما ذلك إلَّا لأَنَّ تَوْصِيف الواقعة القضائية والحكم فيها يتم **على مثال الحكم الكلي الفقهي**، ومنه يتعرف على الوقائع مؤثِّرِها وطرديِّها، فعلى القاضي أَنْ يحدد الحكم الكلي، ومن ثَمَّ إجراء المقابلة بينه وبين الواقعة المختلطة، فما قابل المؤثر فهو المعتدُّ به، وماعداه فهو الطردي الذي يلغى ويهدر، **مع لحظِ** ما في الوقائع من شروط وتقسيم يقتضيها الحكم الكلي الفقهي.

وهذه الوسيلة ــ أعني التحليل والمقابلة ــ كان فقهاؤنا يَهْدُون إليها من رام إجابة لسائل في فتوى ونحوها، يقول الإمام الكرخي (ت: ٣٤٠هـ): «إنَّ السائل إذا سأل سؤالاً ينبغي للمسؤول أَلَّا يجيب

---

(١) انظر في طريقة التحليل والتركيب: ضوابط المعرفة للميداني ١٣٩.

على الإطلاق والإرسال، لكن ينظر فيه ويتفكر؛ إنَّه ينقسم إلى قسم واحد، أَوْ إلى قسمين، أَوْ أقسام، ثم يقابل في كل قسم حرفاً فحرفاً، ثم يعدل جوابه على ما يخرج إليه السؤال، وهذا الأصل تكثر منفعته؛ لأَنَّه إذا أطلق الكلام فربما كان سريع الانتقاض؛ لأَنَّ اللفظ قلَّما يجري على عمومه»[1].



(١) أصول الحنيفة للكرخي ١٧٢.



المطلب الرابع

تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة ابتداءً وانتهاءً

إنَّ تنقيح الوقائع يتم في حالتين، هما: التنقيح الابتدائي، والتنقيح النهائي، ونبين ذلك فيما يلي:

أولاً: التنقيح الابتدائي:

المراد به: تخليص الوقائع القضائية من الوقائع الطردية بإلغائها وإبقاء الوقائع المؤثرة في بداية الدعوى بعد استجواب الطرفين.

والغرض منه: تهيئة الواقعة للتَّوْصِيف الابتدائي للنظر في إثباتها بطرق الحكم.

وزمنه: بعد سماع الدعوى والإجابة.

إنَّ الخصمين عند رفع دعواهما للقاضي تكون وقائعهما مختلطة غالباً، مشتملة على المؤثر والطردي من الوقائع، ولا يمكن القاضي السير في القضية إلاَّ بعد تنقيح الوقائع المدعاة بإلغاء طرديها وإبقاء مؤثرها، فعلى القاضي القيام بهذا التنقيح بعد استجواب

الطرفين، وتمييزُ ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه، تهيئةً للواقعة المؤثرة المختلف فيها للإثبات[1].

يقول علي حيدر (كان حيًّا عام ١٣٢٧هـ): «والقاضي يستمع أولاً دعوى المدعي. . . ويوفق هذه الدعوى على إحدى المسائل الشرعية، فيستوضح القيود والشروط اللازمة المقتضية»[2].

وفي التنقيح الابتدائي ربما كان للدعوى تَوْصِيف، وللإجابة تَوْصِيف مضادّ.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ التنقيح الابتدائي، قد يتغير عند التنقيح النهائي، فتضاف أوصاف مؤثرة، وتلغى أوصاف أخرى ظهرت طرديتها عند تنقيح الوقائع وتهيئتها للتَوْصِيف والحكم.

فالتَّوْصِيف الابتدائي **أشبه بفتوى** تصدر من القاضي في هذا المحل؛ تهيِّء الواقعة للإثبات، وللقاضي العدول عنها أَوْ تعديلها عند التَّوْصِيف النهائي.

ثانياً: التنقيح النهائي:

المراد به: تخليص الوقائع والبينات القضائية بإبقاء مؤثرها وإلغاء طرديها بعد ختام المرافعة.

---

(١) مزيل الملام ١١٣، درر الحكام لحيدر ٤/ ٥٧٠، ٦٠٢.

(٢) درر الحكام ٤/ ٦٠٢.

والغرض منه: تهيئة الواقعة للتَّوْصِيف النهائي، والحكمِ فيها.

وزمنه: بعد ختام المرافعة بانتهاء استجواب الطرفين، وسماعِ دفوعهما وبيناتهما، والإعذارِ[1] إليهما، أَوْ تعجيزهما[2].

فالقاضي بعد فراغه من سماع المرافعة يكون لديه وقائع من أقوال الخصوم ودفوعهم، ومن البينات وما يتعلق بها، ولا يمكنه تَوْصِيف الواقعة إلاَّ بعد تهيئة وقائعها المؤثرة مهذبة مرتبة كأَنَّه لم يذكر معها سواها[3]، ولايكون ذلك إلاَّ بالتنقيح. **وهذا التنقيح** هو المعتدّ به للتَوْصِيف الموضوعي النهائي، ويأتي على التنقيح الابتدائي بالتعديل والإكمال.

وسيأتي بيان لسير القاضي في تنقيح الوقائع القضائية في المطلب القادم.



(١) الإعذار: أن يقول القاضي للخصم بعد استيفاء بينته: هل لك مدفع أَوْ مطعن فيها؟ كما يقول له قبل الحكم عليه: أبقيت لك حجة تقولها أَوْ بينة تحضرها؟ [شرح أدب القاضي لابن مازه ٣/ ٧٩، الأحكام الكبرى ١/ ٥٨، المغني ١١/ ٤٥٢، فتاوى ورسائل ١٢/ ٤٢٤].

(٢) التعجيز: أَنْ يجعل القاضي الخصم عاجزاً عن إحضار بينة ادّعاها، ويقضي عليه بعد استيفاء المهلة المقررة قضاءً. [المبسوط ١٦/ ٦٣، تبصرة الحكام ١/ ٢٠٧، مغني المحتاج ٤/ ٤٦٧، مطالب أولي النهى ٦/ ٥١٤، إعلام الموقعين ١/ ١١٠].

(٣) البهجة ١/ ٣٦، مزيل الملام ١١٥.

المطلب الخامس

سير القاضي في تنقيح الواقعة القضائية المؤثرة

إنَّ على القاضي بعد تلقي الدعوى والإجابة تنقيحَ هذه الوقائع المختلطة، ويتم ذلك بتحديد الحكم الكلي الملاقي للواقعة المدعاة وتنقيحها على ضوئه بطريقة التحليل والمقابلة المارّ ذكرها، وبذلك يُبْقِي مؤثرها، ويلغي طرديها، ويستدعى ماسكت عنه الخصم من الوقائع المؤثرة بسؤاله عنها حتى تكتمل صورة الواقعة المؤثرة، ويكون ذلك في التنقيح الابتدائي الذي يتم بعد سماع الدعوى والإجابة حتى يتسنى للقاضي السير في القضية، وإثبات وقائعها المؤثرة، وتقرير هذه الوقائع، واستخلاصها، واستنباط الأوصاف المؤثرة في التَّوْصِيف والحكم.

وهكذا إذا انتهى القاضي من سماع البينات وتنقيحها، وأجرى ما يلزم نحوها، وختم المرافعة، وفَسّر الوقائع، وقرّر واستنبط الأوصاف المؤثرة في التَّوْصِيف والحكم القضائي، واستحضر الحكم الكلي الملاقي للواقعة ــ فإنَّه يقوم بتنقيح الوقائع على ضوء ذلك،

ولا يغني ما أجراه القاضي في التنقيح الابتدائي؛ لأَنَّ التنقيح الابتدائي كان مبنياً على كلام الخصمين، فهو أشبه بالفتيا في عدم لزومها.

أَمَّا في التنقيح النهائي هنا فيراعى فيه ما يثبت من كلام الخصمين بطرق الحكم، وما استنبطه القاضي منها من الأوصاف المؤثرة، وطلبات الخصوم، مع مراعاة أصول التَّوْصِيف التي سوف يأتي ذكرها لاحقاً[1] ـ إن شاء الله ـ .

على القاضي وهو ينظر في تنقيح الوقائع لإعمال مؤثرها وإلغاء طرديها أَنْ يتدرج في ذلك، فينظر في جميع الوقائع المقدمة من الطرفين، ثم بعد مقابلتها بالحكم الكلي الفقهي يجري تنقيحها باستبعاد طرديها، وإبقاء مؤثرها.

ثم يجمع هذه الأوصاف المنقحة المؤثرة التي يتعلق بها الحكم ويرتبها حتى تصبح متآلفة متكاملة وكأَنَّها أوصاف جاءت مجتمعة فوراً واحداً، مهذبة مرتبة، لم يُذكر معها سواها مما يتعلق بالحكم ويؤثر فيه، وهنا تكون الواقعة **مُهَيَّئَةً للتَّوْصِيف** بتحقيق مناط الحكم عليها، أي بتنزيل الحكم الكلي عليها.

إنَّ سلوك القاضي هذا الطريق مما يعينه على استيعاب الأوصاف المؤثرة للواقعة، وعلى تَوْصِيفها تَوْصيفاً صَحِيحاً ملاقياً

(١) انظرها في: المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثالث.

ومطابقاً للحكم الكلي الفقهي، ومتى غفل عن تنقيح الوقائع فإنَّ تَوْصِيفه للواقعة القضائية سوف يكون عرضة للانتقاض؛ لأَنَّه ربما بنى تَوْصِيفه للواقعة على الأوصاف الطردية المحتفة بالواقعة، وغفل عن أوصافها المؤثرة[1].

وعلى القاضي عند تنقيح الوقائع القضائية أَنْ يجتهد في إعمال فكره، على التقاط الأوصاف، والصور، والوقائع المؤثرة، وتمييز الفروق المقررة.



(١) البهجة ١/٣٦، مزيل الملام ١١٥.



المبحث الثالث

إثبات الواقعة القضائية المؤثرة

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : المراد بإثبات الواقعة القضائية ومشروعيته .

المطلب الثاني : شروط الواقعة القضائية المثبتة .

المطلب الثالث : ضوابط طرق إثبات الواقعة القضائية .

المطلب الرابع : اجتهاد القاضي في قبول طرق الإثبات وردّها .



المطلب الأول

المراد بإثبات الواقعة القضائية ومشروعيته

المراد بإثبات الواقعة القضائية:

المراد به: تحقق الوجود الحسي للواقعة القضائية المؤثرة بطرق الحكم المقررة، من الإقرار، والكتابة، والشهادة، وغيرها من طرق الحكم.

فهنا يقوم القاضي بالتحقق من وجود الواقعة المدعاة حسًّا بإثباتها بطرق الحكم، وسواء ثبت الوجود الحسي مباشرة كإثبات واقعة البيع ممن شاهدها وحضرها، أَوْ إثباتها عن طريق الوقائع التبعية من القرائن كإثبات وجود العين في يد المدعى عليه؛ ليتوصل بذلك على أَنَّه هو مالكها، ولذلك قال العلماء في تعريف الإثبات بأَنَّه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أَوْ واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية[1].

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي (المصرية) ٢/ ١٣٦، ووسائل الإثبات للزحيلي ٢٣.

أَمَّا الوجود المعنوي للواقعة القضائية: فهو تأثيرها في الحكم، وقد سبق تعريف الواقعة المؤثرة[1]، وهو الوجود المعنوي للواقعة.

مشروعية إثبات الواقعة القضائية:

القضاء لا يقوم على الثقة بكلام الخصم ــ المدعي أَوْ المدعى عليه ــ، بل الأصل أَنَّ ما يدعيه الخصم غير ثابت بمجرد قوله، ولذا جاءت الحاجة إلى إثبات الوقائع المؤثرة في الحكم بطرقه المقررة[2]، وقد أمر الله ــ عزَّ وجلّ ــ في كتابه بكتابة الديون والحقوق، قال ــ تعالى ــ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ففي هذه الآية الأمر بكتابة الدين، وذلك صيانة له من الجحود، وحفظاً له من الإنكار عند الخصومة.

وفي قصة خصومة الحضرمي والكندي حين ادعى الحضرمي على الكندي بأَنَّه غلبه على أرض كانت لأبيه، فرد الكندي على الدعوى بأَنَّ الأرض أرضه وفي يده يزرعها وأَنَّه ليس للمدعي فيها حق، فقال النبي ﷺ: «**ألك بينه؟ قال: لا، قال: فلك يمينه**»[3]، فلا بُدَّ للقاضي من العلم بما يقع، ثم يحكم بما يجب[4]، وطريق العلم بما يقع هو البينة المثبتة للواقعة.

---

(١) انظر: الفقرة (أولاً) من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

(٢) فتح الباري ٥/٢٤٧، شرح مسلم للنووي ١٢/٣.

(٣) رواه مسلم ١/١٢٣ ــ ١٢٤، وهو برقم ١٣٩/٢٢٣ من حديث وائل بن حجر.

(٤) إعلام الموقعين ١/١٠٥.

فعلى القاضي الاجتهاد، والتثبت من الوقائع، وتتبع طرق ثبوتها من البينات الشرعية الدالة عليها، فإنَّه لا يتم الحكم بالحق إلاَّ بذلك؛ فعن عمرو بن العاص أَنَّه سمع رسول الله ﷺ يقول: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**»[1].

ومن الاجتهاد في القضاء بذلُ الوسع بالنظر في إثبات الوقائع والتحقق من وجودها أَوْ انتفائها.

قال الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ): «... لأنَّ الاجتهاد هذا بلاغ الجهد في تتبع وجوه الحكم، والنظر في مشتبهات الأدلة، والموازنة بين الحجج التي لها مدخل في تلك الحادثة»[2].



(١) سبق تخريجه.

(٢) السيل الجرار ٤/ ٢٦٣.

المطلب الثاني

شروط الواقعة القضائية المثبتة

المراد بالواقعة القضائية المثبتة:

هي الواقعة القضائية المؤثرة التي يسوغ إثباتها أصليةً أَوْ تبعيةً[1].

فهي الواقعة محل الإثبات، أَوْ الواقعة التي يراد إثباتها.

والفرق بينها وبين الواقعة المؤثرة: أَنَّ الواقعة المثبتة أخص من الواقعة المؤثرة، فكل واقعة صالحة للإثبات هي واقعة مؤثرة، وليس كل واقعة مؤثرة تصلح للإثبات؛ ذلك أَنَّ من الوقائع ما لا تحتاج للإثبات؛ لإقرار الخصم بها، أَوْ لكونها متواترة، أَوْ يتعذر إثباتها، كنِيّة الإنسان الباطنة، ونحو ذلك مما سوف يأتي بيانه وتوضيحه في شروط الواقعة المثبتة.

---

(١) وسائل الإثبات ٦١.

ويشترط للواقعة المثبتة شروط خمسة، هي:

١ ــ أَنْ تكون مؤثرة في الحكم القضائي.

٢ ــ أَلَّا تكون معترفاً بها في الجملة.

٣ ــ أَلَّا تكون متواترة وما في حكمها.

٤ ــ أَلَّا تكون من الأمور الباطنة التي يتعذر الاطّلاع عليها.

٥ ــ أَنْ تكون موجبة لا منفية.

وتفصيل هذه الشروط فيما يلي:

١ ــ **أَنْ تكون الواقعة مؤثرة في الحكم القضائي**، سواء كان تأثيرها أصلياً أَمْ تبعياً، فلا يَصِــحُّ للقاضي إثبات واقعة طردية غير مؤثرة في الدعوى؛ لما فيه من إضاعة لجهد القاضي، وإتعاب للخصوم، وإطالة أمد النزاع[١].

٢ ــ **أَلَّا تكون الواقعة معترفاً بها في الجملة**، فإذا اعترف الخصم بها أغنى ذلك عن طلب إثباتها[٢]، لكن إذا كان في الشهادة زيادة فائدة على الإقرار سُمِعت[٣].

مثال ذلك: أَنْ يكون على الميت ديون لعدد من الغرماء بعضها عليه بينة، والآخر لا بينة عليه، وماله لا يفي بديونه، والورثة كلهم

---

(١) انظر الواقعة القضائية المؤثرة وأقسامها وشروطها في: المبحث الثاني من الفصل الأول، والمبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٢) المغني ٥/ ٢٧١، درر الحكام لحيدر ٤/ ٥٧٥.

(٣) انظر تفصيل حالات سماع البينة مع الإقرار في: وسائل الإثبات للزحيلي ٢٦٤.

بالغون، ومقرون بالديون، فمن له بينة على دينه سمعت، وفائدة ذلك: تقديمه على سائر الغرماء ممن لم يثبت إلَّا بإقرار الورثة[1].

٣ ــ **أَلَّا تكون الواقعة متواترة وما في حكمها**، فإذا تواترت الواقعة بحيث يشترك القاضي في العلم بها مع غيره من عموم الناس من بَرٍّ وفاجر ومسلم وغيره فهنا يستند القاضي عليها، ولا يطلب إثباتها[2].

وذلك كالعلم بوجود مكة، والمدينة النبوية، والرياض، والقاهرة، ودمشق، ونحوهن من حواضر وعواصم العالم الإسلامي وغيره.

وكالأمور العادية من تعاقب الليل والنهار، أَوْ الأمور العقلية، ككون المائة مع المائة تساوي مائتين، فكل ذلك يستند القاضي فيه إلى علمه، ولا يطلب إثباته.

ولا يدخل في ذلك الاشتهارالخاص، كشيوع وفاة شخص بين أفراد معينين، فهذا ليس من الوقائع المتواترة[3]، وعليه العمل، فلا زال القضاة يطلبون الإثبات على وفاة شخص، وحصر ورثته، ولو

---

(١) المغني ٥/٣٤٣، الإنصاف ١٢/١٥٥، شرح المنتهى ٣/٥٧٧، الكشاف ٦/٤٦٣.

(٢) شرح تنقيح الفصول ٢٤٩، ٣٥٣، شرح عماد الرضا ١/٣٤٦، الطرق الحكمية ٢٦٨.

(٣) شرح عماد الرضا ١/٣٤٦.

كان ذلك مشتهراً عند القاضي؛ لأَنَّ الشهرة الخاصة ليست كالتواتر العام.

٤ ــ أَلاَّ تكون الواقعة من الأمور الباطنة التي يتعذر الاطلاع عليها إذا كان الإِثبات بالشهادة، وذلك كنية الإِنسان الباطنة، فإِنَّه إذا كان محل الإِثبات مما يتعذر الاطلاع عليه كالنية فلا وجه لسماع الشهادة عليه، ولذلك ذكر الفقهاء في غير موضع أَنَّ القول قول المدعي فيما نواه، فقالوا فيمن قضى بعض دينه، أَوْ أسقط عن مدينه بعض الدَّين الذي عليه، وكان ببعض الدَّين رهن أَوْ كفيل وبعضه بدون ذلك وقع قضاء البعض أَوْ إسقاطه عما نواه قاضٍ ومسقط؛ لأَنَّ تعيينه إليه ابتداءً، فلو نواه عما عليه الرهن، أَوْ ما به الكفيل، وهو بقدره انفك الرهن، وبرىء الكفيل، ويقبل قول المسقط والقاضي (المسلِّم) فيما نواه، ولا محل للبينة هنا؛ لأَنَّ نيته لا تعلم إلاَّ من قبله.

كما ذكروا: أَنَّ الكناية في الطلاق يرجع فيها إلى نية المطلِّق؛ لأَنَّها لا تعلم إلاَّ من جهته، ولا تمكن الشهادة عليها؛ لأَنَّها مستترة، لا يطلع عليها أحد غير المطلق.

وهكذا لو قال المدين لرب الدين: أحلتك بديني، أَوْ بالمال الذي قِبَل فلان، وادعى أحدهما أَنَّه أريد بها الوكالة، وأنكر الآخر أَنْ يكون أريد بها الوكالة، فقول مدعي الوكالة؛ لأَنَّه يدعي بقاء الحق

على ما كان، وينكر انتقاله؛ فالأصل معه، قال الفقهاء: ولا موضع للبينة (الشهادة) هنا؛ لأَنَّهما لم يختلفا في لفظ يسمع، ولا فعل يرى، وإنَّما يدعي أحدهما بنيته، وهذا مما لا تشهد به البينة نفياً ولا إثباتاً[1]، لكن لو أظهر ما نواه بلسانه، وقامت البينة على نطقه أخذنا بذلك، وهكذا لو قامت قرينة على مانواه أخذنا بذلك، كما في بيع الهازل، وتلجئة العقود، فإنَّها تثبت بالقرينة[2]، لكن هنا يتوجه الإثبات على الأمر الظاهر الذي يَدُلُّ على باطن الأمر.

٥ ــ أَنْ تكون الواقعة موجبة لا منفية إذا كان الإثبات بالشهادة، إلاَّ ما يستثنى.

والواقعة الموجبة هي المقتضية للإثبات إيجاباً، ككون فلان مدين لفلان بكذا، أَوْ أَنَّ هذا العقار ملك لفلان.

والواقعة المنفية هي ما اقتضت نفياً مطلقاً، ككون فلان غير مدين لفلان.

فالواقعة الموجبة هي التي تصلح بأَنْ تكون محلاً للإثبات.

أَمَّا الواقعة المنفية فالأصل فيها: أَنَّ إثبات النفي بالشهادة

---

(١) المنثور ١/ ١٤٥، المغني ٧/ ٦٧ (ط: هجر)، شرح المنتهى ٢/ ٢٣٧، ٢٥٩، الكشاف ٣/ ٣٩، ٣٧٢، ٥/ ٣٩، الروض المربع ٥/ ٧٦.

(٢) انظر في الاعتداد بالقرينة في بيع الهازل وتلجئة العقود: الكشاف ٣/ ١٥٠.

لا يَصِحُّ إذا لم يكن منضبطاً، ولا محدداً، ولا محصوراً، بل كان نفياً مطلقاً[1].

وهناك ضوابط لإثبات النفي في الشهادة أُبيِّنُها في العنوان التالي.

تتمة: ضوابط إثبات النفي بالشهادة:

إذا كان النفي منضبطاً، ومحدداً، ومحصوراً جاز إثباته بالشهادة، ويظهر ذلك في صور ترجع إلى ضابطين، وبيانهما، وأمثلة لما يدخل تحتهما من صور[2] فيما يلي:

الضابط الأول: أَنْ يكون النفي محدداً مما يحيط به علم الشاهد، ولذلك صور منها:

١ ــ أَنْ يضاف النفي إلى وقت مخصوص.

وذلك كأَنْ يشهد الشاهد بأَنَّ زيداً لم يقتل عَمْراً بالأمس؛ لأَنَّه

---

(١) معين الحكم للطرابلسي ١١٤، الفوائد الزينية ١٤٢، مجلة الأحكام العدلية م ١٦٩٩ وشرحها لحيدر ٤/٣٤٦، مسعفة الحكام ١/٣٧٧، المدخل للزرقاء ٢/١٠٦٩، ١٠٩٢، تبصرة الحكام ١/٤٧٠، الذخيرة ١١/٢١، أدب القضاء ٤٣٧، الكشاف ٣/٤٢١، ٦/٤١٢، شرح المنتهى ٣/٥٤١، الإنصاف ١٢/٢١، الفروع ٦/٥٥٦، مطالب أولي النهى ٦/٦٠٢، مجموع الفتاوى ٢١/٥٤٣، شرح الكوكب المنير ٤/٦٨٥، ظفر اللاضي ١٤٣، ١٦٦، وسائل الإثبات ٧٨، السيل الجرار ٤/٩٦.

(٢) المراجع السابقة.

كان معه في البيت لم يفارقه، أَوْ يشهد بأَنَّني قد صحبت فلاناً في يوم كذا ولم يقذف فلاناً.

٢ ــ أَنْ يضاف النفي إلى مكان معين محصور.

وذلك كأَنْ يشهد الشاهد أَنَّه لا يوجد في هذه القطعة من الأرض بناء.

٣ ــ أَنْ يضاف النفي إلى حالة محددة يمكن حصرها بالنفي، وذلك كأَنْ يشهد الشاهد بأَنَّ فلاناً أقر لديه بأَنَّه لا يستحق على فلان شيئاً.

الضابط الثاني: أَنْ يكون المنفي مما يغلب على الظن حصوله بحكم العادة، أَوْ معرفة باطن الأمر، ولذلك صور منها:

١ ــ الشهادة على حصر الورثة بقوله: لا وارث له غيره، فإِنَّه بحكم العادة يعرف ذلك جارهُ ومن له معرفة بباطن أمره.

٢ ــ الشهادة على الإِعسار بقوله: لا مال له زائداً عن حاجته من نقود، ولا عقار، ولا متاع؛ فإِنَّ هذا مما يعرفه من له معرفة بباطن أمر المعسر، والبينة فيه تثبت ما يظهر ويشاهد من حاله.

٣ ــ الشهادة على الغائب بأَنَّه لم يترك لزوجته نفقة، فإِنَّه بحكم العادة يعرف ذلك جاره ومن له معرفة بباطن أمره.

٤ ــ الشهادة لزيد من الناس بأَنَّ الشيء الفلاني مُلكُه قد مَلَكَه بالإِحياء، ولم يخرجه عن ملكه بما يفوته عليه من بيع، أَوْ وقف، أَوْ هبة.

❑ ❑ ❑

المطلب الثالث

ضوابط طرق إثبات الواقعة القضائية

ونتناول فيه: المراد بطرق إثبات الوقائع، ثم ضوابطها.

المراد بطرق إثبات الواقعة القضائية:

طرق إثبات الواقعة القضائية: البينة الشرعية، وهي كل ما أبان الحق وأظهره عند المنازعة لدى القاضي، بأي دليل كان مما شهد الشرع لأصله.

فطرق الإثبات غير محصورة، بل كل ما أبان الحق وأظهره مما شهد الشرع لأصله فإنَّ القاضي يأخذ به لإثبات الوقائع، سواء كان ذلك إقراراً، أَمْ كتابة، أَمْ شهادة، أَمْ يميناً، أَمْ نكولاً، أَمْ قرينة، أَمْ غيرها من طرق الحكم والإثبات التي تبين الحق وتظهره، سواء مما تقرر بالكتاب والسنة، أَمْ استنبط العلماء مشروعيته منهما، أَمْ جدَّ من طرق ووسائل الإثبات والحكم مما شهد الشرع لأصله، كتحليل الدم، وبعض وسائل كشف الجريمة التي استجدت وغيرها، فإنَّ

طـرق الحكـم هـي مـن أدلـة وقـوع معـرفـات الأحكـام والتـي لا تنحصر[1].

ضوابط طرق الإثبات:

لطـرق الحكـم والإثبـات ضـوابـط عـامـة فـي الجملـة تجـب مراعاتها، وهي:

١ ـ أَنْ تتقدم البينة دعوى إن كانت في الحقوق الخاصة:

فـلا تسمـع البينـة ولا يعمـل بهـا إلاَّ إذا وقعـت بعـد دعـوى صَحِيحـة، مستـوفيـة لشـروط صِحَّـتِـهـا؛ لأَنَّ القـاضـي إذا سـمـع الدعوى وجوابها فَهِمَ الواقعة واستطاع تحديد الأوصاف المؤثرة التي يتوجه عليها الإثبات، وهذا جارٍ في الشهادة[2] كما يجري في الأيمان[3].

لكن دعوى الحسبة يجوز سماع الشهادة فيها من غير تقدم

---

(١) معين الحكام للطرابلسي ٦٨، تبصرة الحكام ١/ ٢٤٠، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٩٤، إعلام الموقعين ١/ ٩٠، الطرق الحكمية ١٥، بدائع الفوائد ٣/ ١١٨، الدراري المضية للشوكاني ٢/ ٤٢٠، ظفر اللاضي ١٨.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧، الفوائد الزينية ٩١، تبصرة الحكام ١/ ١٨٦، شرح الزرقاني ٧/ ١٣٨، أدب القضاء ٣٨٣، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٤١، ٣٤٤، قواعد الحصني ٤/ ٢٥٦، المغني ١١/ ٤٥٠، الإنصاف ١١/ ٢٤٦.

(٣) الفروق ٤/ ٨٠، عقد الجواهر ٣/ ٢٠١، التنقيح المشبع ٣٠١، الإنصاف ١١/ ٢٥٢، شرح المنتهى ٣/ ٤٨٢.

دعوى، بل شهادة الشاهد بها تُعَدُّ دعوى[1]، ولذا تسمع بينة بطلاق على الزوج ولو أنكرته الزوجة[2].

٢ ـ أَنْ يكون سماعها عند ذي ولاية مختص:

فلا تسمع البينة، ولا يعمل بها إلاَّ إذا وقعت في مجلس القضاء عند مختص من قاض ومحكَّم؛ لأَنَّ الغرض من سماعها إعمالها، ولا يكون ذلك إلاَّ من قِبَل المختص، وذلك جارٍ في الشهادة كما يجري في الأيمان[3].

٣ ـ أَنْ يكون سماعها بحضور طرفي النزاع:

فلا تسمع البينة، ولا يعمل بها إذا سمعت في غيبة أحد الخصمين، بل لا بُدَّ من حضورهما مدعياً ومدعى عليه؛ لأَنَّ حضور الخصمين عند أدائها مما يشعرهما بالاطمئنان على حسن أدائها، وهذا جار في الشهادة[4]، والأيمان[5].

---

(١) مغني ذوي الأفهام ٢٣٦، الكشاف ٦/ ٣٣١، الدرر السنية ٤/ ٥٠٦.

(٢) الكشاف ٦/ ٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧، قرة عيون الأخيار ١/ ٣٠٩، تبصرة الحكام ١/ ٥٦، ٢٢٧، عقد الجواهر ٣/ ١٣٣، الحاوي ١٧/ ٥٦، أدب القاضي لابن القاص ١/ ٢٣٥، نهاية المحتاج ٨/ ٣٥٤، المغني ١١/ ٤١١، ٤٣٢، الكشاف ٦/ ٣٣٧، الإنصاف ٥/ ١٢، شرح المنتهى ٣/ ٤٩٧.

(٤) المبسوط ١٦/ ٩٤، ٩٧، حلية العلماء ٨/ ١٤٩، تحفة المحتاج ٨/ ٢٨٠، الإنصاف ١١/ ٣٠١، ٣٣٣، ١٠/ ١٤٧، الكشاف ٦/ ٣٥٥.

(٥) معين الحكام للطرابلسي ٢٢، شرح الزرقاني ٧/ ٢١٩، الإنصاف ١٠/ ١٤٧، =

وإذا كانت الدعوى على غائب ونحوه، أَوْ تَبَلَّغَ المدعى عليه بجلسة سماع البينة ولم يحضر سُمِعَت الشهادة من غير حضور المتخلف، ومتى حضر تُلِيَت عليه الشهادة[1]، وهكذا إذا أذن المشهود عليه بسماعها في غيبته جاز وسُمِعَت.

وإذا كان إثبات الشهادة عن طريق الاستخلاف، وطلب المشهود له أَوْ عليه حضور جلسة سماع الشهادة فله ذلك[2]، وهكذا اليمين.

٤ ــ أَلاَّ يكذب البينة العقل أَوْ الحس أَوْ ظاهر الحال:

فإذا كذب البينةَ العقلُ، أَوْ الحس، أَوْ ظاهر الحال فلا يعمل بها، بل تهمل وتهدر، وهذا يجري في الشهادة، كما يجري في الأيمان، والإقرار، يقول عبد العزيز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ): «والقاعدة في الأخبار من الدعاوى، والشهادات، والأقارير، وغيرها: أَنَّ ماكذبه العقل، أَوْ جوزه وأحالته العادة فهو مردود، وأَمَّا ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رُتَبٌ في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وماكان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رُتَبٌ متفاوتة»[3].

= الروض المربع ٧/ ٢٩٨.

(١) تبصرة الحكام ١/ ٥٧، الروض المربع ٧/ ٥٥٦.

(٢) فتاوى ورسائل ١٣/ ١٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٥.

ومثال ما كذبه الحس: أَنْ تشهد بينة بأَنَّ محمداً قتل زيداً، وزيد هذا حيٌّ.

ومثال ما كذبه العقل: أَنْ تشهد البينة بأَنَّ زيداً قتل عَمْراً قبل عشرين سنة، وسِنُّ زيد دونها.

ومثال ما كذبه ظاهر الحال: أَنْ تشهد بينة بشيء ترده العادة، مثل: أَنْ يشهد الشهود بأَنَّ فقيراً قد أقرض مالاً عظيماً لأحد الأغنياء، ويبعد عادة أَنْ يصيب الفقيرُ هذا المالَ في حياته[1].

٥ ـ أَنْ تحرر البينة محل الإثبات:

فإذا لم تحرر البينة المثبتة محل الإثبات، فتُبَيِّنُ قدره، وحدوده، وأوصافه المؤثرة في الحكم الرافعة للجهالة عن المثبت فلا تقبل، ويجري ذلك في الشهادة، فيحرر الشاهد شهادته، كما يحرر المدعي دعواه، وإذا كان المشهود عليه نحو عقار وتعذر عليه تحديده حين أداء الشهادة لدى القاضي وَقَفَ الشاهد مع أهل الخبرة على الشيء المشهود عليه، وبيَّنه بحضرتهم، ونقلوا ذلك للقاضي.

وإذا شهد الشاهد بنكاحٍ ذَكَرَ شروطه، أَوْ شهد بسرقة لإقامة الحد بيَّن الشروط الموجبة له، وإذا سكت الشاهد عن بيان شيء من ذلك سَأَلَه القاضي عنه حتى تكون الشهادة محررة معلومة المشهود عليه[2].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٥، مغني ذوي الأفهام ٢٣٨، وسائل الإثبات ٥٧، ٥٨.

(٢) أدب القاضي للخصاف وشرحه للجصاص ٣٨٢، أدب القاضي للخصاف =

وكما يجري ذلك في الشهادة فإنَّه يجري في الإقرار، فيبين فيه المقرّ، والمقرّ له، والمقرّ به، فلو قال واحد من جماعة: في ذمة أحدنا لزيد مائة ألف لم يَصِحَّ، ولو قال المقرّ: في ذمتي مائة ألف ريال، وسكت، ولم يبين المستحق لم يَصِحَّ.

والإقرار بدين ونحوه يَصِحُّ مجهولاً، ويطلب بيانه وتفسيره من المقرّ، أَوْ حسب العرف ونحوهما من وجوه التفسير والبيان.

وهكذا إذا كان الإقرار في تصرف لا يَصِحُّ مع الجهالة فلا بُدَّ من بيانه، مثل البيع والإجارة، أَمَّا إذا صَحَّ مجهولاً، مثل عوض الخلع، والوصية فيَصِحُّ مع الجهالة(١).

كما يجري في الأيمان: بأَنْ تشتمل صيغة اليمين على بيان المحلوف عليه(٢).

٦ ــ أَنْ تكون البينة مشروعة في أصلها:

بأَنْ تكون معتدّاً بها شرعاً، فلا تكون البينة بطريق محرم،

= وشرحه لابن مازه ٢/ ١٨٤، ٢١٠، ٢١٥، البناية ٨/ ٣٩٠، ٣٩٣، درر الحكام لحيدر ٤/ ٣٣٢، القوانين الفقهية ٢٦٢، تنبيه الحكام ٢١٧، مغنى المحتاج ٤/ ٤١٣، نهاية المحتاج ٨/ ٢٧٧، المغني ١٢/ ١٣٥، ١٣٦، الكشاف ٦/ ٣٤٥، ٤٠٨، ٤١٢، الروض المربع ٧/ ٥٨٧، فتاوى ورسائل ١٣/ ١٦.

(١) الكشاف ٦/ ٤٨٠، الاختيارات ٣٥٥، وسائل الإثبات ٥٣، ٢٤٩، ٢٥٠.

(٢) وسائل الإثبات ٣٤٧، ٣٤٩.

كـالسحـر، والكهـانـة، والشعـوذة، والأعـراف والعـادات الجـاهليـة المخالفة للشرع.

كما لا تكون فيما لا يشرع جنسه، كالأحلام، والرؤى؛ لأَنَّ رؤيا المنام لا تثبت بها الأحكام[1].

٧ ــ أَنْ تكون البينة منتجة:

فإذا كانت البينة غير منتجة (مؤثرة)، ولا فائدة تترتب عليها فإنَّها لا تقبل، ولا يعمل بها.

ومن ذلك: من شهد بأَنَّ عَمْراً قد اشترى متاعاً من زيد لم تقبل هذه الشهادة على ملكية زيد للمبيع إلاَّ إذا شهدت بأَنَّ زيداً كان يملك المبيع[2].

ومن شهد على إقرار مدعى عليه بموجب حدٍّ خارج مجلس القضاء لم تقبل هذه الشهادة فيما يوجب الحدّ؛ لأَنَّ المقرّ لو أنكر، فهو رجوع عن الإقرار، والرجوع عن الإقرار فيما يوجب الحدّ مقبول، وهذا في الجملة[3].

٨ ــ أَلاَّ يكون فيها تهمة للقاضي:

فإذا كان في البينة تهمة للقاضي فلا تقبل؛ صيانةً للقاضي، وحفظاً لحقوق المترافعين.

---

(١) الكشاف ٦/ ٢٠٣، فتاوى ورسائل ١٢/ ٢٨٠، وسائل الإثبات ٥٩.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٥٤٠، الكشاف ٦/ ٤١١.

(٣) شرح المنتهى ٣/ ٣٤٨، الروض المربع ٧/ ٣٢٥، وسائل الإثبات ٥٣.

وذلك مثل: حكم القاضي بعلمه فيما يقع خارج مجلسه، ومكان حكمه(١).

ومثل: شهادة ابن القاضي، ومن لا تقبل شهادة القاضي له، فهذه الشهادة لا تقبل؛ لأَنَّ قبول القاضي لشهادتهم تزكية لهم، وليس له تزكيتهم(٢).

٩ ـ أَنْ تكون البينة موافقة للدعوى في المعنى إذا كانت في الحق الخاص:

فلا يعمل ببينة خالفت الدعوى في المعنى؛ لأَنَّ الدعوى إذا كانت في شيء، وجاء الإثبات على شيء آخر انخرمت الموافقة بينهما، فلا يقضى للمدعي بما ادعاه؛ لأَنَّه لم تقم بينة عليه، ولا يقضى له بالبينة المخالفة لدعواه؛ لأَنَّه لم يَدَّعِ ما قامت عليه البينة، لكن لو عَدَّل المدعي طلبه موافقاً لما قامت عليه البينة قضي له بما قامت عليه البينة إذا ساغ تعديل الطلب، وإلاَّ رفع به دعوى جديدة متى شاء(٣).

وهذا جارٍ في الإقرار، والشهادة، واليمين.

---

(١) الطرق الحكمية ٢٦٠، الروض المربع ٧/ ٥٤٢، وسائل الإثبات ٥٦٣.

(٢) الإنصاف ١٢/ ٦٧، حاشية العنقري على الروض ٣/ ٤٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٣، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٤٤، مغني المحتاج ٤/ ٤٨٤، شرح المنتهى ٣/ ٤٩٣، الكشاف ٦/ ٣٣٩، وسائل الإثبات ٥١.

ولذلك فإنَّ من ادُّعِي عليه بشيء فأقر بغيره لزمه المقرّ به إذا صدقه المقرّ له وادعى بذلك وساغ تعديل الطلب، والدعوى الأساس بحالها لا يقضى فيها بإقرارلم يطابق الدعوى.

ومن شهد شهوده بشهادة مخالفة للدعوى، كما لو ادعى دنانير فشهد شهوده بدراهم أَوْ العكس لم تقبل[1].

ويكفي في مطابقة الشهادة للدعوى أَنْ يكون المشهود به أقل من المدعي به، فلو ادعى بمائة ألف ريال وشهد الشهود بخمسين ألف ريال قُبِلَت وحكم بها في المقدار المشهود به.

ولا يضر اختلاف الشاهدين في مقدار المشهود به، بل يكمل البينة على الأقل، ويحلف على الباقي مع شاهد الأكثر[2].

ولو شهد الشهود بحق زائد عن الدعوى لا شبهة في ثبوته فلا يكون ذلك مسقطاً للشهادة، بل للمدعي المطالبة بالزيادة إذا عدَّل الطلب في دعواه وساغ ذلك، فلو أقر الموقوف عليه أنَّه لا يستحق في هذا الوقف إلاَّ مقداراً معلوماً، ثم ظهر بشرط الواقف أَنَّه يستحق أكثر حُكِمَ له بما ثبت، ولا يمنع ذلك إقراره المتقدم[3].

وهكذا صفة اليمين، يجتهد القاضي في إعداد صيغتها بحسب

(١) شرح المنتهى ٣/ ٤٩٣، ٤٩٤، الكشاف ٦/ ٣٣٩.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٥٤٣، الكشاف ٦/ ٤١٥.

(٣) السيل الجرار ٤/ ١٣٤، ظفر اللاضي ١٥٥، الاختيارات ١٥٥.

موافقتها للدعوى والجواب والدفوع وما يراه القاضي مظهراً للحق[1].

أَمَّا حقوق الله فلا يشترط موافقة الدعوى للبينة؛ لأَنَّه لا يشترط لها سبق الدعوى، بل يقضي بما وافق البينة ولو خالف الدعوى؛ لأَنَّ شهادة الشاهد بحق لله يُعَدُّ دعوى به وشهادة[2].

١٠ ــ أَنْ تعتمد البينة في تحملها على طريق شرعي:

البينة مظهرة للحق، فلا بُدَّ عند تحملها أَنْ تعتمد على طريق شرعي في هذا التحمل.

فالشاهد لا يشهد إلاَّ بما يعلمه؛ إما برؤية، أَوْ سماع من مشهود عليه، أَوْ بشمّ، أَوْ ذوق، أَوْ لمس فيما طريقه ذلك، أَوْ باستفاضة فيما يتعذر علمه بدونها، أَوْ بغلبة ظن فيما يتعذر فيه الجزم، مثل: شهادة أهل الخبرة بقيم المتلفات ونحوها[3].

والحالف يعتمد على علمه فيما يحلف عليه، كما يجوز أَنْ يعتمد على غالب ظنه فيما يحلف عليه من صدق شاهده، أَوْ رؤية خط أبيه بحق، أَوْ قرائن قوية يطمئن إليها كما في القسامة[4].

---

(١) وسائل الإثبات ٣٤٧، ٣٤٩.

(٢) الكشاف ٦/ ٣٣١، شرح المنتهى ٣/ ٤٨١.

(٣) المغني ١٢/١٩، ٢٥، تبصرة الحكام ١/٤٦٨، أدب القضاء ٤٥٦، وسائل الإثبات ٥٤.

(٤) الطرق الحكمية ١٤، الكشاف ٦/ ٤٣٥، وسائل الإثبات ٣٤٧.

١١ ــ أَنْ تستوفي البينة أحكامها المقررة:

فلا يعمل بالبينة إلَّا إذا استوفت أحكامها وشروطها المقررة في كل طريق ما يخصه من شروط وأحكام، فتستوفي الشهادة ما يلزم لها من نصاب وغيره، والكتابة تكون مأمونة من التزوير، وغير ذلك من الشروط، وهكذا في كل طريق من طرق الأحكام.

❑ ❑ ❑

المطلب الرابع

اجتهاد القاضي في قبول طرق الإثبات وردها

إنَّ البينة (طريق الإثبات) إذا قامت لدى القاضي سواء كان ذلك إقراراً، أَمْ شهادة، أَمْ تقريرَ خبيرٍ، أَمْ قرينة، أَمْ غيرها، فالأصل وجوب إعمالها إذا استوفت ما يجب لها، فالحاكم أسير الحجج الشرعية[1] غير أَنَّ القاضي قد يلحظ وجهاً موجباً لرد البينة، أَوْ قد تتعارض البينات لديه بين إقرار وقرينة، أَوْ شهادة وقرينة، ونحو ذلك من البينات، فهنا على القاضي الأخذ بما كان أقوى دلالة من البينات ولو كان ذلك بتقديم قرينة قوية على إقرار، أَوْ برد قرار خبير، ونحو ذلك، لكن لا بُدَّ في ذلك جميعه من تسبيب صَحِيح يبين فيه قوة ما أخذ به، ووهن ماعدل عنه، مراعياً أصول إعمال البينات وردها، ودفع التعارض بينها عند ظهوره[2]، ويَدُلُّ لذلك ما يلي:

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٩١، ١٠٠، البحر المحيط ٦/ ٣١٢، الإحكام للقرافي ٢٦، ٢٨، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ١/ ٢٤٦.

(٢) ستأتي الإشارة إلى طرق دفع التعارض بين البينات وذلك في: المطلب الثاني من المبحث السابع من الفصل الثالث من الباب الثاني.

١ ــ قوله ــ تعالى ــ : ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ فقد جعل الله الرضا بالشهادة قيداً على قبولها، وتقدير الرضا بها يرجع لاجتهاد القاضي قبولاً ورداً؛ طبقاً للقواعد المقررة شرعاً، يقول ابن العربي (ت: ٥٤٣هـ): «قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم؛ لأَنَّ الرضا معنى يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه، ويقوم من الدلائل المبينة له، ولا يكون غير هذا، فإنَّا لو جعلناه لغيره لما وصل إليه إلاَّ بالاجتهاد، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره. . . قال علماؤنا ــ يعني علماء المالكية ــ : هذا دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات على ما خفي من المعاني والأحكام»[1].

٢ ــ قوله ــ تعالى ــ : ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟ أَن تُصِيبُوا۟ قَوْمًۢا بِجَهَـٰلَةٍ فَتُصْبِحُوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَـٰدِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦]، فدَلَّت الآية على أَنَّ خبر الفاسق لا يرد مطلقاً، ولا يقبل مطلقاً، بل يُتَثَبَّتُ منه، فإن ظهر صدقه أخذ به، وإن ظهر كذبه وجب رده، ولا يتوصل إلى ذلك إلاَّ بالاجتهاد والنظر في البينة من القاضي.

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «والله سبحانه لم يأمر برد خبر

---

(١) أحكام القرآن ٢/٣٣٦.

الفاسق، فلا يجوز رده مطلقاً، بل يتثبت فيه حتى يتبين: هل هو صادق أَوْ كاذب؟ فإن كان صادقاً قُبِلَ قوله وعمل به، وفسقه عليه، وإن كان كاذباً رُدَّ خبره، ولم يلتفت إليه»[1]، وسر المسألة: أَنَّ مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه، وهذا لايكون إلاَّ بعد اجتهاد القاضي في ذلك.

٣ ــ عن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ قال: قال رسول الله ﷺ: «**بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب، فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنَّما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: إنَّما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود ــ عليهما السلام ــ فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى لا تفعل ــ يرحمك الله ــ هو ابنها فقضى به للصغرى**»[2].

فقد قَدَّم سليمان هنا القرينة الحالية ــ وهي شفقة الصغرى على الابن ــ ، قدمها على اعترافها بالابن للكبرى، وقضى به للصغرى، قال ابن القَيِّم: «فأي شيء أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة، فاستدل برضا الكبرى بذلك، وأَنَّها قصدت الاسترواح إلى التأسي بمساواة الصغرى في فَقْد ولدها، وبشفقة الصغرى عليه وامتناعها من

---

(١) الطرق الحكمية ٢٣٥.

(٢) متفق عليه واللفظ لمسلم، فقد رواه البخاري (الفتح ١٢/ ٥٥)، وهو برقم ٦٧٦٩، ومسلم (٣/ ١٣٤٤)، وهو برقم ١٧٢٠.

الرضا بذلك، على أَنَّها هي أمه، وأَنَّ الحامل لها على الامتناع هو ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التي وضعها الله في قلب الأم، وقويت هذه القرينة عنده حتى قدمها على إقرارها، فإنَّه حكم به لها مع قولها: هو ابنها، وهذا هو الحق، فإنَّ الإقرار إذا كان لعلة اطّلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه»[1].

وقد ترجم الإمام النسائي (ت: ٣٠٣هـ) في السنن الكبرى على هذا الحديث بقوله: «الحكم بخلاف ما يعترف به المحكوم له إذا تبين للحاكم أَنَّ الحق غير ما اعترف به»[2].

قال ابن القَيِّم معلقاً على هذه الترجمة: «فهكذا يكون الفهم عن الله ورسوله»[3]، كما قال: «وهذا هو العلم استنباطاً ودليلاً»[4].

فالقاضي يسعى جهده لإيصال الحقوق لأصحابها، ولا يحول بينه وبين ذلك شهادة أَوْ إقرار إذا ظهر فيها الريبة، يقول ابن القَيِّم: «ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة، والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً»[5].

---

(١) الطرق الحكمية ٥، ٦، وفي المعنى نفسه: إعلام الموقعين ٤/ ٣٧٢.

(٢) ٣/ ٤٧٣.

(٣) الطرق الحكمية ٦.

(٤) إعلام الموقعين ٤/ ٣٧١.

(٥) الطرق الحكمية ٣٢.

لكن ذلك إنَّما يكون بأدلة توجبه وتبينه يذكرها القاضي في أسباب حكمه حتى يكون ذلك مقنعاً بصِحَّة الحكم حاملاً على قبوله، يقول ابن عاشور (ت: ١٣٩٣هـ): «فليس الإسراع بالفصل بين الخصمين وحده محموداً إذا لم يكن الفصل قاطعا لعود المنازعة، ومقنعاً في ظهور كونه صواباً وعدلاً»[١].

وسِرُّ ذلك: أَنَّ القاضي لا يجوز له الاعتماد على غلبة الظن النفسي الذي لا يعتمد على دليل قضائي، بل لا بُدَّ من اعتماد القاضي في قبول البينات وردها على دليل قضائي يحدث غلبة ظن للقاضي في ترجيح أحد الجانبين على الآخر، يقول ابن دقيق العيد (ت: ٧٠٢هـ): «لا يجوز الحكم إلاَّ بالقانون الشرعي الذي رتب عليه وإن غلب على الظن صدق المدعي»[٢].



(١) مقاصد الشريعة ٢٠٢.

(٢) أحكام الأحكام ٤/ ١٧٤.



المبحث الرابع

استنباط الواقعة القضائية المؤثرة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف استنباط الواقعة القضائية المؤثرة.

المطلب الثاني: مشروعية استنباط الواقعة القضائية المؤثرة.

المطلب الثالث: شروط استنباط الواقعة القضائية المؤثرة.

المطلب الأول

تعريف استنباط الواقعة القضائية المؤثرة

تعريف الاستنباط لغة واصطلاحاً:

الاستنباط في اللغة: الاستخراج، فيقال: استنبط الحافر الماء إذا استخرجه بعمله[1].

وهو عند الأصوليين: استخراج الحكم الكلي من الأدلة الشرعية بالاجتهاد[2].

وسبق تعريف الواقعة لغة[3].

المراد باستنباط الواقعة القضائية المؤثرة:

المراد باستنباط الواقعة القضائية المؤثرة: استخراج ثبوت الواقعة القضائية المؤثرة، أَوْ شيء من معانيها وأوصافها، سواء من

---

(١) مختار الصحاح ٦٤٣، المصباح المنير ٢/ ٥٩٠، ٥٩١.

(٢) المصباح المنير ٢/ ٥٩١.

(٣) انظر: المطلب الأول من المبحث الأول من التمهيد في الباب الثاني.

أقوال الخصوم أَمْ من بيناتهم، وذلك لتقرير وجودها الحسي، تهيئة لها للتَّوْصِيف.

فهو عمل يقوم به القاضي مكمل للإثبات، الغرض منه إثبات الوجود الحسي للواقعة بحيث تكون مهيئة للتَّوْصِيف، وهو عمل يستدعي من القاضي فهم الوقائع، ومن ثَمَّ استنباط حقيقة ما يقع من الأدلة والعلامات، فهو عمل يستدل فيه القاضي بالأمارات والعلامات على ثبوت الوقائع المؤثرة أَوْ شيء منها مما يقدمه الخصوم، وما يصدر عنهم من دعوى، وإجابة، ودفوع، وبينات، وذلك بواسطة طرق الاستدلال من الألفاظ، والتراكيب، والأفعال، والسكوت.

فيجمع القاضي في ذلك إعمال اللفظ، أَوْ الفعل، أَوْ السكوت، ومراعاة العلامات والدلالات، يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «ومعلوم أَنَّ ذلك ـ يعني الاستنباط ـ قدر زائد على مجرد فهم اللفظ؛ فإِنَّ ذلك ليس طريقه الاستنباط؛ إذ موضوعات الألفاظ لا تنال بالاستنباط، وإِنَّما تنال به العلل والمعاني، والأشباه والنظائر، ومقاصد المتكلم، والله ـ سبحانه ـ ذم من سمع ظاهراً مجرداً فأذاعه وأفشاه، وحمد من استنبط من أولي العلم حقيقة معناه... ومعلوم أَنَّ هذا الفهم قدر زائد على معرفة موضوع اللفظ، وعمومه أَوْ خصوصه، فإِنَّ هذا قدر مشترك بين سائر من يعرف لغة العرب، وإِنَّما هذا

فهم لوازم المعنى، ونظائره، ومراد المتكلم بكلامه، ومعرفة حدود كلامه بحيث لا يدخل غير المراد، ولا يخرج منها شيء من المراد»[1].

❑ ❑ ❑

(١) إعلام الموقعين ١/ ٢٢٥.

المطلب الثاني

مشروعية استنباط الواقعة القضائية المؤثرة

إنَّ الاستنباط ــ كما مَرَّ ــ عملية ذهنية يقوم بها القاضي لتقرير ثبوت الواقعة القضائية الحسي أَوْ شيء منها مما يؤثر في الحكم استنباطاً من كلام الخصوم، وأدلة ثبوت الواقعة، وقد دَلَّ على مشروعيته ما يلي:

١ ــ قوله ــ تعالى ــ : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فقد جعل الله ــ عزَّ وجلّ ــ للقاضي الرضا بالشهادة قبولاً ورداً، وهذا يؤكد وظيفته في الاستنباط والاستدلال؛ إذ الشهادة لا ترد إلاَّ بموجب شرعي يطلب من القاضي النظر فيه، والاجتهاد في تقريره بحسب ما يظهر له من الاستدلال بالأمارات والعلامات على ثبوت الوقائع واستنباطها من طرق الحكم بواسطة طرق الاستدلال من

الألفاظ والتراكيب، وإذا صَحَّ ذلك في الشهادة قبولاً ورداً صَحَّ في غيره من الوقائع القضائية التي تحتاج إلى استدلال واستنباط.

يقول ابن العربي (ت: ٥٤٣هـ): «قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم؛ لأَنَّ الرضا معنىً يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه، ويقوم من الدلائل المبينة له، ولا يكون غير هذا، فإنَّا لو جعلناه لغيره لما وُصِلَ إليه إلاَّ بالاجتهاد، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره... قال علماؤنا: هذا دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات على ماخفي من المعاني والأحكام»[(١)].

٢ ـ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: **«بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنَّما ذهب بابنك أنتِ، وقالت الأخرى: إنَّما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود ـ عليهما السلام ـ فأخبرتاه، فقال ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا تفعل ـ يرحمك الله ـ هو ابنها، فقضى به للصغرى»**[(٢)].

فقد استنبط سليمان ـ عليه السلام ـ من شفقة الصغرى،

---

(١) أحكام القرآن ١/ ٣٣٦.

(٢) متفق عليه واللفظ لمسلم، وقد سبق تخريجه.

وامتناعها من شق الابن، وموافقة الكبرى على شقه، استنبط منه أَنَّ الصغرى هي الأم؛ لتمام شفقتها على الابن، واستنبط من موافقة الكبرى على شقه ضد ذلك؛ إذ لو كانت أُمّاً لم توافق على شقه نصفين، واستدل بهذه القرينة القوية على تقرير الواقعة المذكورة، وهي بنوة المتنازع فيه للصغرى، وقدمها على الإقرار[1].

قال ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «ولا أحسن من هذا الحكم وهذا الفهم وإذا لم يكن مثل هذا في الحاكم أضاع حقوق الناس»[2].

وقد ترجم الإمام النسائي (ت: ٣٠٣هـ) على هذا الحديث في السنن الكبرى[3] بقوله: «**الفهم في القضاء، والتدبير فيه، والحكم بالاستدلال**».

وذكر النسائي الحديث مختصراً، وقال في آخره: «**فقال سليمان ـ يعني للكبرى ـ: لو كان ابنك لم ترضيْ أَنْ يقطع...**»[4]، فهذا يؤكد مشروعية استنباط القاضي للمعاني والأحكام من طرق الحكم وأدلته.

فاستنباط المعاني المؤثرة في ثبوت الواقعة أَوْ شيء من

---

(١) الطرق الحكمية ٥، ٦، إعلام الموقعين ٤/ ٣٧٢.

(٢) إعلام الموقعين ٤/ ٣٧٢.

(٣) ٣/ ٣٧٢، وقارن بما ذكره في فتح الباري ١٢/ ٥٦.

(٤) السنن الكبرى ٣/ ٤٧٢.

أوصافها عمل لا يسوغ للقاضي تركه؛ لأَنَّه لا يتمكن من تَوْصِيف الوقائع القضائية والحكم فيها إلاَّ به، يقول ابن القَيِّمِ: «لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلاَّ **بنوعين من الفهم؛ أحدهما**: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً، **والنوع الثاني**: فهم الواجب في الواقع، وهو حكم الله الذي حكم به في كتابه أَوْ على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر»[1].

وبالفهم ودقة الاستنباط يتوصل القاضي إلى حل ما أشكل، وفك ما أعضل، وبه فاق بعض القضاة بعضاً في استخراج الحق، وإيصاله لأصحابه، يقول ابن القَيِّمِ: «والذي اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم **هو الفهم في الواقع، والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال**، وهذا الذي فات كثيراً من الحكام فأضاعوا كثيراً من الحقوق»[2].

فهذا إياس بن معاوية (ت: ١١٢هـ) أتته امرأتان تختصمان في كُبَّة غزل ليس معهما بينة، فَبَعَّدَ واحدة وقَرَّبَ الأخرى، فقال لها: على أي شيء كببت غزلك؟ قالت: على كسرة خبز، فَنَحَّاها وقرَّب الأخرى، فقال لها: على أي شيء كببت غزلك؟ قالت: على خرقة،

(١) إعلام الموقعين ١/ ٨٧، ٨٨، وفي المعنى نفسه: الطرق الحكمية ٤، ٥.

(٢) الطرق الحكمية ٤٧.

فأمر بالكبة فنفضت فإذا هي على كسرة خبز، فلما بلغ ذلك محمد بن سيرين، قال: ويحاً له ما أفهمه! ويحاً له ما أفهمه![1].

فاستنبط إياس من تَحَاتّ الخبز من الكبة أَنَّ صاحبتها هي التي طابق وصفها حال الكبة، ونفى ذلك عن الأخرى.

وتخاصم رجلان عند إياس بن معاوية في قطيفتين؛ إحداهما حمراء، والأخرى خضراء، جعل أحدهما قطيفته عند قطيفة صاحبه ودخل الحمام، فخرج أحدهما قبل صاحبه، وادعى صاحبه بأَنَّه أخذ قطيفته ومضى بها، وأَنَّه طلب منه إعادتها، فزعم أَنَّها قطيفته، ولا بينة لأحدهما، فقال إياس: ائتوني بمشط، فأُتي به، فسرَّح رأس هذا ورأس هذا، فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر، ومن رأس الآخر صوف أخضر، فقضى بالقطيفة الحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر، وبالقطيفة الخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر[2].

فاستنبط إياس من مشاكلة الصوف الذي خرج من رأس كل واحد من الرجلين للون القطيفة بأَنَّه صاحبها، وقضى بذلك.



---

(١) أخبار القضاة ١/ ٣٣٢.

(٢) الطرق الحكمية ٤٣.

المطلب الثالث

شروط استنباط الواقعة القضائية المؤثرة

إنَّ القاضي وهو في سبيل تقرير ثبوت الواقعة المؤثرة أَوْ شيء من أوصافها لتهيئتها للتَّوْصِيف قد يستنبط وقوعها من أقوال الخصوم ودفوعهم وبيناتهم، ولذا وجب أَنْ تتوفر في الاستنباط الشروط الآتية[1]:

١ ـ أَنْ يشهد الشرع للمعنى المستنبط، فلا يعتد باستنباط لا يقرر حقيقة شهد لها الشرع.

٢ ـ أَنْ يكون المعنى المستنبط مؤثراً في تَوْصِيف الواقعة المتنازع فيها بحيث يؤدي إلى ثبوت الواقعة القضائية المؤثرة، أَوْ

---

(١) أدب القاضي للماوردي ١/٥٣٩، ٥٤٤، المنخول ٣٦٤، الفواكه البدرية ٣٧، ٨٩، ٩١، ١٤٤، الكافية في الجدل ٥٣٤، ٥٣٦، مغني ذوي الأفهام ٢٣٨، الجدل لأبي الوفاء بن عقيل ٧٢، مقاصد الشريعة ٢٠٢، فتاوى ورسائل ٨/١٥٨، ١١/٣٠٦، الحوار لزمزمي ٣٠٥، ٣٥١، ٥٠٧.

أحد أوصافها فلا يعتد باستنباط ثبوت وصف مؤثر شهد الشرع بالاعتداد به ولكنه لايتعلق بموضع النزاع.

٣ ـ **ألَّا يعارض المعنى المستنبط ما هو أقوى منه من العلل** والمعاني التي تؤدي إلى نفي الواقعة المؤثرة أَوْ المعنى المستنبط لأجل ثبوتها، فمثلاً: يستدل على القتل العمد بالآلة المستخدمة في القتل؛ فمن قتل شخصاً بمسدس كان ذلك دالاًّ على العمدية في القتل، لكن لو عارض هذا قرائن قوية أَوْ بينة تَدُلُّ على أَنَّ القاتل لم يقصد القتل وإنَّما انطلقت الرصاصة من المسدس خطأ ـ عمل بذلك، وكان القتل خطأ.

٤ ـ **أَنْ يكون الاستنباط كافياً**، مبيناً فيه المعنى المستنبط، والأدلة والوقائع المستفاد منها، والرد على ما يعارضه من أقوال الخصوم ودفوعهم وبيناتهم، ولا يكون مجرد ظن ضعيف ولا خارجاً عن طرق الاستدلال المقررة شرعاً في تفسير الوقائع من دلالة النَّصّ والظاهر، وبيان المجمل، والجمع بين الوقائع عند تعارضها، فلا ينتقل القاضي من معنى راجح إلى معنى دونه دون أَنْ يكون لذلك مسوغ يبينه، ولا من مفهوم مع ظهور منطوق يعارضه، ولا يهجم على تفسير مجمل من غير توضيح مُبَيِّنِه، ولا صارفاً الدلالة الأصلية للأمر والنهي إلى معنى آخر من غير بيان الدليل الذي يعضده، ولا مقرراً نسخ واقعة أَوْ دليل من غير بيان مستنده.

٥ ــ **أَنْ يكـون الاستنبـاط متسلسـلاً**، ينتقـل فيـه مقـرره مـن المقدمات إلى النتائج، ومن المعلوم إلى استنباط المجهول وتقريره، ومن الدليل إلى المدلول.

وعلى القاضي التأكد من صِحَّة استنباطه واستنتاجه بتكرار التأمل، والنظر، وتفحص ماظهر له، مستعيناً في ذلك بالمحاورة الـذهنيـة الهـادئـة، وذلـك بتقمـص شخصيـة المخـالـف بـافتـراض الاعتراض والإجابة عليه ذهنياً، فمن الخطأ السيرُ في فرض واحد مع عدم افتراض ما يعارضه؛ وذلك حتى يتبين له استنتاجه كالشمس المضيئة.

٦ ــ **أَنْ يكـون الاستنبـاط مبنيـاً علـى مـا تـداعـى فيـه الخصـوم وقدموه للقاضي**، وتمَّ تدوينه لديه، فلا يستدل القاضي أَوْ يستنبط من أقوال أَوْ أدلة لا سند لها في ضبط القضية وأوراق الدعوى.



الفصل الثالث

تفسير الواقعة القضائية

وفيه تمهيد، وسبعة مباحث:

التمهيد: المراد بتفسير الواقعة القضائية وأهميته ومشروعيته والوسائل الدالة على الإرادة.

المبحث الأول: تفسير لفظ المكلف.

المبحث الثاني: تفسير فعل المكلف.

المبحث الثالث: تفسير إشارة المكلف.

المبحث الرابع: تفسير سكوت المكلف.

المبحث الخامس: أثر الأسباب والدوافع في تفسير الوقائع لفظاً أَوْ فعلاً أَوْ سكوتاً.

المبحث السادس: تفسير الشاهد شهادته.

المبحث السابع: التعارض والجمع والترجيح فيما يصدر عن المكلف من قول أَوْ تصرف وفي البينات القضائية.

التمهيد

وفيه :

* المراد بتفسير الواقعة القضائية .

* أهمية تفسير الواقعة القضائية ومشروعيته .

* الوسائل الدالة على الإرادة .

المراد بتفسير الواقعة القضائية:

سبق المراد بلفظ «التفسير» لغة: وأنَّه الكشف، والبيان، والإيضاح[1].

والمراد **بتفسير الواقعة القضائية هنا**: بيان معاني ودلالات الأقوال والأفعال والسكوت والأحوال الواقعة في التصرفات والواردة في الدعوى والإجابة، وطرق الحكم والإثبات من الشهادة ونحوها من الأوصاف والوقائع المؤثرة في الحكم القضائي.

أهمية تفسير الواقعة القضائية ومشروعيته:

لا بُدَّ لكل واقعة قضائية من تصورها، وتنقيحها، وبيان تأثيرها، وثبوتها بطرق الحكم، وبيان وجه الدلالة منها، وانتفاء معارضها، وكل ذلك لا يتحقق إلاَّ بعد تفسيرها، وفهمها بالطرق المقررة[2].

وما ذلك إلاَّ لأَنَّه كما يقول القرطبي (ت: ٦٧١هـ): «الأحكام

---

(١) انظر: المبحث الأول من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) فتاوى السبكي ٢/ ١٢٢ ـ ١٢٣، شرح عماد الرضا ١/ ٥٩.

تختلف باختلاف العبارات، والدعاوى، والإقرارات، والشهادات، والشروط التي تتضمن حقوق المحكوم له»[1].

والمكلف وهو يتكلم بأمر، أَوْ نهي، أَوْ إقرار، أَوْ عقد قد يُطْلِق الكلام ولا يقيده أَوْ يفسره، بل إنَّ تقييده أحياناً يُعَدُّ إعياءً في الكلام، فيتعين على من يُنَفِّذ كلامه أَوْ يُحاكمه فيه أن يَحْمله على وجوه تفسير الكلام المقررة، يقول ابن مفلح (ت: ٧٦٣هـ): «ومن قصد بيان تعليق الحكم بالوصف رتَّبه عليه، ولم يتعرض لجميع شروطه وموانعه[2]؛ لأَنَّه عَسِر؛ إذ القصد بيان اقتِضاء السبب للحكم، فلو قال: اعط هذا للفقراء أَوْ نحوهم استَأْذَنَه في عدوه وفاسق، ولو قال: إلاَّ أَنْ يكون أحدهم كذا وكذا عُدَّ لُكْنة وعِيًّا. . . وكذا قول الطبيب: اشربه للإسهال، فعرض له ضعف شديد أَوْ إسهال، ذكر ذلك شيخنا ــ يعني ابن تَيْمِيَّةَ ــ »[3].

ففهم الواقعة وتفسيرها أمر لا بُدَّ منه للحكم القضائي، وقد أثنى الله ــ عزَّ وجلّ ــ على سليمان ــ عليه السلام ــ لفهمه الواقعة ووجه الحكم فيها، كما في قوله ــ تعالى ــ : ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ﴾ [الأنبياء: ٧٨، ٧٩].

---

(١) تفسير القرطبي ١٥/ ١٨٠.

(٢) في الأصل: (مواثقه)، والتصويب اقتضاه السياق.

(٣) الفروع ٤/ ٣٧٦.

فثناء الله ـ عزَّ وجلّ ـ على سليمان ـ عليه السلام ـ لفهمه الواقعة ووجه الحكم فيها[1] يؤكد أهمية تفسير الواقعة وتصورها لتوصيفها والحكم فيها.

كما أنكر النبي ﷺ على خالد بن الوليد ـ رضي الله عنه ـ قتله لبعض بني جذيمة؛ لعدم استفساره لهم عن مرادهم من كلمة مشكلة أطلقوها؛ فعن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أَنَّه قال: «**بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسنوا أَنْ يقولوا أسلمنا، فقالوا: صبأنا، فجعل خالد يقتل ويأسر... فذكرنا ذلك للنبي ﷺ، فقال: اللَّـٰهُمَّ إنِّي أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد، مرتين**»[2]، فقد حمل خالد ـ رضي الله عنه ـ معنى قولهم: «**صبأنا**» على خروجهم من دين إلى دين غير الإسلام، لكن النبي ﷺ أنكر عليه الأخذ بهذا الظاهر قبل الاستفسار عن المراد به[3]؛ قال ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ): «قوله: «**اللَّـٰهُمَّ إنِّي أبرأ إليك مما صنع خالد**» يعني مِن قتلِه الذين قالوا: «**صبأنا**» قبل أَنْ يستفسرهم عن مرادهم بذلك القول»[4]، فدَلَّ على أَنَّه لا بُدَّ من تفسير الواقعة

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٣/ ٢٧٠، تبصرة الحكام ١/ ٢.

(٢) رواه البخاري (الفتح ٨/ ٥٦، ١٣/ ١٨١)، وهو برقم ٤٣٣٩، ورقم ٧١٨٩.

(٣) فتح الباري ٨/ ٥٦، ١٣/ ١٨١.

(٤) المرجع السابق ١٣/ ١٨٢، وانظر مزيداً من الأدلة والأمثلة في: إعلام الموقعين ١/ ٣٥٠ وما بعدها.

وفهمها قبل توصيفها والحكم فيها.

وقد أوصى عمر ــ رضي الله عنه ــ القضاة بفهم الواقعة وتفسيرها في كتابه الذي بعثه إلى أبي موسى الأشعري ــ رضي الله عنه ــ؛ فقال: «فافهم إذا أدلي إليك»[1]، وقال: «الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك»[2].

فلا بُدَّ لفهم الواقعة وتصورها من تفسيرها، فالمطلوب من الحاكم كما يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «أَنْ يعلم ما يقع، ثم يحكم فيه بما يجب»[3].

وقد ذكر الفقهاء جملة من الآداب للقاضي تعود لفهم الواقعة، وتصورها، وتفسيرها، من ذلك: كون القاضي عارفاً بلغة ولهجات البلد التي يلي الحكم فيها[4]، يقول ابن المناصف (ت: ٦٢٠هـ) ــ في شروط الكمال في القاضي ــ: «أَنْ يكون عارفاً بما لا بُدَّ منه من العربية، واختلاف المعاني للعبارات فإنَّ الأحكام تختلف

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/ ١١١ وهو رقم ٤٤٢٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ١٥٠، وصححه الألباني في الإرواء ٨/ ٢٤١، وهو قطعة من خطاب عمر ــ رضي الله عنه ــ الموجه إلى أبي موسى الأشعري ــ رضي الله عنه ــ والذي رواه أبو المليح الهذلي، وقوى الشيخ أحمد شاكر إسناده عن سفيان بن عيينة عن إدريس [انظر: تعليق أحمد شاكر على المحلى لابن حزم ١/ ٦٠].

(٢) المصادر نفسها في الهامش السابق.

(٣) إعلام الموقعين ١/ ١٠٥.

(٤) شرح المنتهى ٣/ ٤٦٨، المجموع ١/ ٨٢.

باختلاف العبارات في نحو الإقرار والدعوى والشهادات. . .»[1].

وقد تواطأت كلمات العلماء التي تؤكد مكانة فهم الواقعة القضائية، وتفسيرها في تنزيل الحكم الكلي عليها، ومن ذلك ما يلي:

١ ـ يقول أبو المعالي الجويني (ت: ٤٧٨هـ): «ولا بُدَّ من أَنْ يفهم ـ يعني القاضي ـ الواقعة المرفوعة إليه على حقيقتها، ويتفطن لموقع الإعضال، وموضع السؤال، ومحل الإشكال منها. . . فأَمَّا إذا لم يفهم الواقعة فكيف يفرض نفوذ حكمه فيها، وليس في عالم الله أخزى من مُتَصَدٍّ للحكم لو أراد أَنْ يصف ما حكم به لم يستطعه. . . ومما يقضي اللبيب العجب فيه انتصاب غِرٍّ للقضاء، لا يقف على الواقعة التي فيها القضية، ولا يفهم العربية، ويصغي إلى صكوك وقَبَالات[2]، متضمنها ألفاظ عويصة، لا يحيط بفحواها ومقتضاها إلاَّ مبرز تثني عليه الخناصر، ويُعَدُّ من المرموقين والأكابر في اللغة؛ إذ منها صدر الألفاظ في أصول الفقه المشتمل على الخصوص، والعموم، والاستثناءات، وسائر القضايا والموجبات في فن الفقه، فإليه الرجوع في مآخذ الأحكام، والنقض، والإبرام»[3].

---

(١) تنبيه الحكام ٣٤.

(٢) قال في المصباح المنير ٢/ ٤٨٩: القَبالة ـ بالفتح ـ اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك.

(٣) الغياثي ٣٠٠، ٣٠٢.

٢ ـ ويقول ابن القَيِّم: «ليس للمفتي أَنْ يطلق الجواب في مسألة فيها تفصيل إلاَّ إذا علم أَنَّ السائل إنَّما سأل عن أحد تلك الأنواع، بل إذا كانت المسألة تحتاج إلى التفصيل استفصله، كما استفصل النبي ﷺ ماعزاً لما أقرّ بالزنا، وهل وجد منه مقدماته أَوْ حقيقته؟ فلما أجابه عن الحقيقة استفصله: هل به جنون فيكون إقراره غير معتبر، أَمْ هو عاقل؟ فلما علم عقله استفصله بأَنْ أَمَرَ باستنكاهه ليعلم هل هو سكران أَمْ صاحٍ؟ فلما علم أَنَّه صاحٍ استفصله: هل أحصن أَمْ لا؟ فلما علم أَنَّه أُحصن أقام الحد عليه... والمقصود التنبيه على وجوب التفصيل إذا كان يجد السؤال محتملاً... فكثيراً ما يقع غلط المفتي في هذا القسم، فالمفتي ترد إليه المسائل في قوالب متنوعة جدّاً»[1].

٣ ـ ويقول ابن القَيِّم ـ أيضاً ـ: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلاَّ بنوعين من الفهم؛ **أحدهما**: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط بها علماً، **والنوع الثاني**: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أَوْ على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على

(١) إعلام الموقعين ٤/١٨٧، ١٩٢، وقصة ماعز التي أشار إليها المؤلف قد أخرجها البخاري (الفتح ١٣/ ١٣٥، ١٣٦)، وهو برقم ٦٨٢٤، ٦٨٢٥، ومسلم ٣/ ١٣٢١، وهو برقم ١٦٩٥/ ٢٢.

الآخر»[1].

٤ ــ ويقول ابن خلدون (ت: ٨٠٨هـ): «إذا لم يتبين له القضاء، فإنَّ كان لغبش[2] في الواقعة استوضحها واستجلاها بالبحث الشافي»[3].

ويقول في موضع آخر: «إذا تصور الواقعة كالشمس ليس دونها سحاب... فإذا وضحت له القضية جيداً فحينئذٍ يستحضر قول الله العلي العظيم: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٨]»[4].

قال الفقهاء: لا يجوز إطلاق الفتيا في اسم مشترك إجماعاً، بل عليه التفصيل، ومَثَّلُوا له بأَنَّ المفتي إذا سئل عن جواز الأكل بعد طلوع الفجر، فلا بُدَّ أَنْ يقول: أَبَعْدَ الفجر الأول أَمْ الثاني[5]؟

أقول: وهكذا الحكم.

فهذا كله يؤكد مكانة تفسير الواقعة في التصرف والدعوى من كلام الخصوم ودفوعهم وبيناتهم حتي يتم تهيئتها للتَّوْصِيف.

---

(١) إعلام الموقعين ١/ ٧٨، ٨٨، وأعاد معنى ذلك في عدد من كتبه، انظر: الطرق الحكمية ٤، ٥، وبدائع الفوائد ٣/ ١١٧، وإعلام الموقعين ٤/ ٢٠٤.

(٢) الغبش: شدة الظلمة [مقاييس اللغة ٤/ ٤٠٩]، والمراد هنا: عدم وضوح الواقعة وغموضها وحاجتها إلى البيان والتفسير.

(٣) مزيل الملام ١١٨.

(٤) المرجع السابق ١١٣.

(٥) الفروع ٦/ ٤٣٥، شرح الكوكب المنير ٤/ ٥٩٤، الكشاف ٦/ ٣٠٤، شرح المنتهى ٣/ ٤٥٨.

الوسائل الدالة على الإرادة:

القصد والإرادة عماد التصرفات والالتزامات التي يجريها المكلف، ولكن القصد والإرادة مكنونة لا تظهر بنفسها، بل لا بُدَّ لها من وسيلة تبرزها وتَدُلُّ عليها، والوسائل الدالة على الإرادة ثلاث، هي:

اللفظ، والفعل، والسكوت.

فهذه هي الوسائل الدالة على الإرادة، وما عداها فهو يعود لها، فالكتابةُ تعود للفظ، والإشارةُ تعود للفعل[1].

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنَّما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عَمِلَ بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أَوْ كتابة، أَوْ إيماءة، أَوْ دلالة عقلية، أَوْ قرينة حالية، أَوْ عادة له مطردة لا يخل بها»[2].

وسوف يأتي تفسير اللفظ، والفعل، والإشارة، والسكوت، وما يلحق بها في مباحث متتابعة مما يلي:



(١) السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ٢٥١.

(٢) إعلام الموقعين ١/٢١٨، وانظر في المعنى نفسه: أحكام أهل الذمة ١/٣٠٨.

المبحث الأول

تفسير لفظ المكلف

وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول : المراد بلفظ المكلف والأصل في تفسيره .

المطلب الثـاني: الاعتداد بالعرف في تفسير لفظ المكلف .

المطلب الثالث: إعمـال الكـلام أولى مـن إهماله عند تفسير لفظ المكلف .

المطلب الرابـع: الوضوح والإجمال في لفظ المكلف .

المطلب الخامس: عموم لفظ المكلف وخصوصه .

المطلب السادس: إطلاق لفظ المكلف وتقييده .

المطلب السابـع : دلالة المفهوم في لفظ المكلف .

المطلب الثـامـن: دلالة الاقتضاء والإشـارة والإيماء في لفظ المكلف .

المطلب التاسـع : دلالة التعريض في لفظ المكلف .

المطلب العـاشر : تفسير الكتابة الصادرة من المكلف .

المطلب الأول

المراد بلفظ المكلف والأصل في تفسيره

المراد بلفظ المكلف:

اللفظ في اللغة: اسم، والفعل منه: لَفَظَ، ولَفَظَ الشيء من فمه رماه، ولفَظ بالكلام تكلم به، والجمع منه: ألفاظ، وهو في الأصل مصدر[1].

والمراد بلفظ المكلف في الاصطلاح: الكلام الصادر من المكلف الدال على ما في النفس من الإرادة والعزم[2].

فقد وضع الله ــ تعالى ــ الألفاظ للعباد لتكون تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، ورتب على المقاصد والإرادات أحكامها بواسطة ما ظهر من الألفاظ.

فإذا عامل بعض العباد بعضاً كانت تلك الألفاظ معرفة بمرادهم وما في نفوسهم[3].

---

(١) مختار الصحاح ٦٠١، المصباح المنير ٢/ ٥٥٥.

(٢) شرح المنتهى ٢/ ١٢٧.

(٣) إعلام الموقعين ٣/ ١٠٥.

الأصل في تفسير لفظ المكلف:

الأصل أَنَّ ما يجري على تفسير النُّصُوص الشرعية من أصول وقواعد يجري في الجملة على تفسير كلام المكلف في تصرفاته، وإقراراته، ودعاواه، ودفوعه، وبيِّناته، ففيها الواضح من نَصٍّ وظاهر، وفيها المجمل الذي يلزم تفسيره وبيانه بطرقه المقررة، وفيها المؤول الذي يُصرف عن ظاهره بدليل راجح، وفيها العام والخاص، والمطلق والمقيد، وما دلالته منطوق، ومفهوم موافقةً أَوْ مخالفةً، وفيها ما يقع فيه التعارض.

وللقرائن الحالية والمقالية وغيرها أثرٌ كبير في تفسير الوقائع، ودفعِ التعارض.

وثَمَّ اختلاف في بعض ذلك بين دلالتها في نُصُوص الشرع وكلام المكلفين استدعاه أَنَّ كلام الشارع نحتاج إلى تعديته من واقعة مَنْصُوص عليها إلى غيرها لتقرير حكمها.

أَمَّا كلام المكلف فإنَّما جعل للكشف عن إرادته وتصرفاته، ولا يستدعي الأمر تعديته، بل الأصل قصره والاحتياط للمكلف بعدم إلزامه بدلالة لم يظهر ما يَدُلُّ على التزامه بها، قال الماوردي (ت: ٤٥٠هـ): «أحكام الشرع يجمع فيها بين اعتبار الأسامي والمعاني، وأحكام الأيمان معتبرة بالأسامي دون المعاني؛ **لأَنَّ الضرورة دعت في المسكوت عنه في أحكام الشرع إلى إعتبار المعاني**

وتجاوز الأسامي، ولم تَدْعُ الضرورة في الأيمان إلى اعتبار المعاني، فوقفت على اعتبار الأسامي»[1].

وسوف يأتي بيان لتفسير تلك الدلالات في كلام المكلفين[2]، وهو موضوع هذا المبحث.



---

(١) الحاوي ١٥/ ٣٦٢، لكن إذا دَلَّت القرينة على الجمع بينهما في كلام المكلف عملنا بذلك، كما سيأتي في الفقرة الخامسة من المطلب الثالث من المبحث الأول.

(٢) تنبيه: تجد كثيراً من مظانّ بحث قواعد وضوابط تفسير الوقائع لفظاً أَوْ فعلاً أَوْ سكوتاً مبثوثة في الكتب الفقهية، وبخاصة في كتاب الطلاق فيما يتعلق بصريحه وكنايته، وفي كتاب الوصية فيما يتعلق بالموصى به، وفي كتاب الأيمان والنذور، وفي كتاب الإقرار فيما يتعلق بالإقرار بالمجمل، وهكذا تجد جملة من ذلك في كتب القواعد الفقهية.

المطلب الثاني

الاعتداد بالعرف في تفسير لفظ المكلف

والمراد بالعرف هنا: ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان، أَوْ بعضها، من الأقوال، والأفعال، والتصرفات، سواء أكان ذلك في جميع العصور، أَمْ في عصر معين مما كان قائماً وقت النطق والتصرف[1].

فيعمل بما اعتُدَّ في العرف من تفسيركلام المكلف ودلالة معانيه، فمن تكلم من المكلفين بكلام من إقرار ونحوه حمل كلامه على دلالته العرفية حال النطق؛ معنىً، واستنباطاً، وإطلاقاً، وتقييداً، ونحو ذلك من وجوه الدلالات، وهو مقدم في ذلك على الدلالات اللغوية والمصطلحات الشرعية إذا خالفها؛ لأَنَّ كلام المكلف يبين مراده وقصده بلفظه الذي يتعامل به مع غيره[2].

---

(١) انظر ما سبق في الفقرة (٥) من المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الأول.

(٢) المغني ٧/٧٨ (ط: هجر)، شرح الكوكب المنير ١/٢٩٩، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩، إعلام الموقعين ٢/١٧٣، ٤/٢٢٨، نشر العرف ١٤٤، رسم =

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «لفظ الواقف كلفظ الحالف والموصي، وكل عاقد يحمل قوله على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، سواء وافقت العربية العرباء، أَوْ العربية المولدة، أَوْ العربية الملحونة، أَوْ كانت غير عربية، وسواء وافقت لغة الشارع أَمْ لم توافقها؛ فإنَّ المقصود في الألفاظ دلالتها على مراد الناطقين بها، فنحن نرجع في معرفة كلام الشارع إلى معرفة لغته، وعرفه، وعادته، وكذلك في خطاب كل أمة وكل قوم، فإذا تخاطبوا بينهم في البيع، أَوْ الإجارة، أَوْ الوقف، أَوْ الوصية، أَوْ النذر، أَوْ غير ذلك بكلام نرجع في معرفة مرادهم منه إلى ما يَدُلُّ على مرادهم من عادتهم في الخطاب وما يقترن بذلك من الأسباب»[1].

لكن إذا كان صريح القول ينافي دلالة العرف ـ كأَنْ يصرح المتعاقدان بخلاف العرف ـ قُدِّم صريح القول[2].

= المفتي ١٧٦، فتاوى ورسائل ١٣، ٧٨، ٩/ ٨٠، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٩٠، ٢٩٣، ٣١٤، ٣١٥، المجموع ١/ ٨٢ قواعد المقري مخطوط لوحة رقم ٦٩، شرح تنقيح الفصول ٢١١، فتح الباري ٤/ ٤٠٦، الفواكه العديدة ١/ ٤٦٥، ٤٩٩، القواعد والأصول الجامعة ١١٠ الفروق ١/ ٥٣، ١٧١، ١٧٣، ١٨٦، ٤/ ٥٧، الكشاف ٤/ ٣٦٩، ٥/ ٣٨، ٦/ ٣٠٤، رفع الحرج للباحسين ٣٦٦.

(١) مختصر الفتاوى المصرية ٣٩١، وفي المعنى نفسه مجموع الفتاوى ٣١/ ٤٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٨٦، الكشاف ٣/ ٤٧٦.

وإذا كان العرف متواتراً ظاهراً للقاضي وللمترافعين، أَوْ أقر الخصم القائم ضده بدلالته أَخَذ القاضي بذلك، وإلاَّ رجع في تفسيره إلى أهل الخبرة بالعرف اللفظي.

ومن أمثلة الرجوع إلى أهل الخبرة في تفسير الأقوال عند خفائها: قصةُ هجاء الحطيئة (ت: حوالي ٤٥هـ) للزبرقان بن بدر (ت: حوالي ٤٥هـ)، والتي رجع عمر ـ رضي الله عنه ـ في تفسير بعض دلالاتها إلى حسان بن ثابت، ولبيد بن ربيعة.

وتفصيل ذلك: أَنَّ الحطيئة لما هجا الزبرقان بن بدر في قصيدته التي منها قوله:

دَعْ المكارم لا ترحلْ لبغيتها ... واقعدْ فإنَّك أنت الطاعمُ الكاسي

فقام الزبرقان فشكى الحطيئة إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: ما أسمع هجاءً ولكنها معاتبة جميلة، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: عليَّ بحسَّان، فجيء به، فسأله، فقال: لمْ يهجه ولكن سَلَح عليه، ويقال: إنَّه سأل لبيداً عن ذلك، فقال: ما يسرني أَنَّه لحقني من هذا الشعر ما لحقه وأَنَّ لي حُمْرَ النَّعَم، فأمر عمر ـ رضي الله عنه ـ به، فجُعِل في نقير في بئر[1].

---

(١) أخبار المدينة النبوية ٣/ ١، ٣، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك ٥/ ٣٠٨، بهجة المجالس ٢/ ١٠٧، الشعر والشعراء ١/ ٢٨٧، تخريج الدلالات السمعية ٣١٤، الفروع ٦/ ١١١.

وهذا ظاهر في رجوع القاضي لأهل الخبرة لمعرفة الدلالات العرفية للألفاظ والأساليب الكلامية فصيحة أَوْ عامية، وأَنَّه يُرجع إلى أهل كلِّ فنٍّ في تخصصهم؛ فقد رجع عمر ـ رضي الله عنه ـ في تفسير الشعر وبيانه إلى فحول الشعراء مع مكانته في فهم اللسان العربي ودلالته؛ وما ذاك إلاَّ لأَنَّ لكل أَصْحَاب فنٍّ مصطلحهم في فحوى الخطاب، وأَنَّه قد يكون عند الشاعر من لحن القول ما يتشفى به ممن يريد هجاءه معرِّضاً به في أمر قبيح لا يدركه إلاَّ أهل الشعر مثلهم.



المطلب الثالث

إعمال الكلام أولى من إهماله عند تفسير لفظ المكلف

هذه قاعدة جليلة لها شأن في تفسير الأقوال.

والمراد بها: أَنَّ المكلف إذا تصرف تصرفاً قولياً، وكان كلامه يحتمل معنيين؛ أحدهما يترتب عليه حكم شرعي، والآخر لا يترتب عليه حكم ولا يكون له ثمرة ـ فإنَّه يحمل على المعنى الذي يترتب عليه حكم شرعي؛ لأَنَّ كلام العاقل محمول على الإفادة، مُصانٌ عن الإهمال والإلغاء، لكن إذا تعذر حمله على الإعمال فإنَّه يهمل[1].

شروط إعمال الكلام:

لإعمال الكلام شروط، هي[2]:

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥، شرح القواعد للزرقاء ٢٥٣، ٢٥٧، درر الحكام لحيدر ١/٥٣، ٥٤، القاعدة الكلية للهرموش ٥٠، الوجيز للبورنو ١٨٧.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٣/ ١٠٧، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، إعلام الموقعين ٣/ ٦٢، ٦٣، ١٠٥، ١٠٨، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٧٨، المنثور ٣/ ١٢٤، الكشاف ٥/٢٤٩، ٢٥٠، القاعدة الكلية للهرموش ٥٥، ٢٠٠، ٢٢٦.

١ ــ **أَلَّا يكون اللفظ مجملاً**، مشتركاً بين معنيين لا يتضح المراد منهما، ولم يحفَّ به من الأقوال، والقرائن، والأعراف ما يفسره، فإذا كان الكلام مجملاً وتعذر تفسيره فإنَّه يهمل.

٢ ــ **أَلَّا يتعذر إعمال الكلام عرفاً، أَوْ عقلاً، أَوْ شرعاً**؛ فإذا تعذر فإنَّه يهمل.

فمثال التعذر العرفي: أَنْ يدعي رجل على السلطان أَنَّه استأجره لعلف دوابه.

ومثال التعذر العقلي: أَنْ يقول شخص لمن هو أكبر سناً منه: أنت ابني.

ومثال التعذر الشرعي: أَنْ يموت شخص ويخلف ابناً وبنتاً فقط، فتقول البنت: أَرِثُ من والدي مثل نصيب أخي، فإنَّ هذا محال شرعاً؛ لأَنَّ الشرع جعل للذكر مثل حظ الأنثيين.

٣ ــ **أَنْ يكون المتكلم بالغاً، عاقلاً، مختاراً**، فإذا كان المتكلم صغيراً، أَوْ مجنوناً، أَوْ مكرهاً لم يعتد بكلامه، بل يهمل.

٤ ــ **أَنْ يكون المتكلم قاصداً، عالماً بما تكلم به**، فمن تكلم بما لا يقصده، كالنائم، والساهي، ومن سبق لسانه إلى ما لا يريده، ونحوهم ــ لم يؤاخذ به، وهكذا من تكلم بما لا يعرف معناه، كالأعجمي ينطق بكلمة البيع، أَوْ الإجارة، أَوْ الطلاق، وغيره مما لا

يفهم معناه ــ لم يؤاخذ به؛ لأَنَّه لم يلتزم مقتضاه، ولم يقصده، فمن أطلق لفظاً لا يعرف معناه لم يؤاخذ بمقتضاه.

القواعد المنتظمة مع هذه القاعدة:

هناك عدة قواعد تتفرع عن القاعدة السابقة، من أبرزها ما يلي:

١ ــ إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز:

فالحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب، وذلك كقولك: رأيت أسداً، فالمراد به هنا: الحيوان المفترس.

والمجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينه وبين ما وضع له، وذلك كقولك: رأيت أسداً شاهراً سيفه، فالمراد به هنا: الرجل الشجاع[١].

والأصل أَنْ يحمل اللفظ الصادر من المكلف بإقراره، وتعاقده، وتصرفاته على حقيقته في استعمال المتكلم؛ لأَنَّه هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق، لكن اذا تعذرت الحقيقة، أَوْ هجرت بقرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي فإنَّه يصار إلى المجاز؛ إعمالاً للكلام، وصوناً له عن الإهمال، وتَصْحِيحاً لكلام المكلف ما أمكن، فمن قال لآخر: طلِّقْ زوجتي إن كنت رجلاً، فيحمل هذا

(١) مفتاح الوصول ٥٩، شرح مختصر الروضة ١/ ٤٨٤.

الكلام على التوبيخ لا على توكيله في الطلاق بقرينة قوله: إن كنت رجلاً[1].

ومن قال لآخر: لي عليك مائة ألف ريال يلزمك أداؤها، فقال له: اقبضها ــ حُمل كلامه على السخرية والاستهزاء، لا على الإقرار للاستعمال العرفي الآن[2].

والحقيقة المهجورة شرعاً، أَوْ عرفاً هي بمثابة المجاز عند الفقهاء، ومثَّل له المالكية بأَنَّ من قال لامرأته: أنت عليَّ حرام، فيلزمه ثلاث طلقات للمدخول بها، لكنه شاع عرفاً استعمال هذا اللفظ في بعض العصور والأقاليم لإزالة العصمة من دون عدد، ولذلك أفتى بعضهم بأَنَّه طلقة واحدة رجعية[3].

٢ ــ التأسيس أولى من التأكيد:

المراد بالتأسيس: هو إفادة اللفظ معنى لم يفده لفظ سابق، ويقال له: إفادة.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥، درر الحكام لحيدر ١/ ٥٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٥٥، الوجيز للبورنو ١٩٢، القاعدة الكلية للهرموش ١٩٩، ٢٠٢.

(٢) هناك خلاف في الاعتداد بذلك إقراراً، الإنصاف ١٢/ ١٦٠، ١٦١، مجلة الأحكام الشرعية ٥١٣، لكن العرف الآن على ما ذكرنا.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥، شرح المنتهى ٣/ ٤٣٧، الإحكام للقرافي ١١١، ١١٣.

والمراد بالتأكيد: هو إفادة اللفظ معنى قد أفاده لفظ سابق، ويقال له: إعادة.

والتأسيس هو الأصل، والتأكيد خلاف الأصل؛ لأَنَّ الأصل في وضع الكلام إفهام السامع ما ليس عنده، فإذا دار اللفظ بين أَنْ يفيد معنى جديداً، وبين أَنْ يؤكد معنىً سابقاً حمل على المعنى الجديد؛ لأَنَّ في التأسيس حكماً جديداً، وأَمَّا التأكيد فهو تقرير وتقوية للمعنى السابق فقط، ففي التأسيس إعمال للحكم الجديد، وفي التأكيد إهمال له، وإعمال الكلام أولى من إهماله[1] [2].

ومثاله عند الحنابلة: أَنَّ من قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، فإن نوى بالثانية إيقاعاً وقعت، وإن نوى بها التأكيد لم تقع، وإن لم ينوها إيقاعاً ولا تأكيداً وقعت طلقة ثانية؛ لأَنَّ الأصل إعمال الكلام[3].

---

(١) التمهيد للأسنوي ١٦٧، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٣٤، ٢٦٨، ٣١٤، ٣١٦، القواعد لابن رجب ٣٤٦، شرح مختصر الروضة ٣/ ١٥٦، درر الحكام لحيدر ١/ ٥٣، الوجيز للبورنو ١٩٩، قاعدة اليقين لا يزول بالشك للباحسين ١٨٦، القاعدة الكلية للهرموش ٢٨٥، ٢٨٨.

(٢) تنبيه: ومن قاعدة التأسيس أولى من التأكيد قولهم: الأصل في الألفاظ عدم الترادف؛ لأنه يَدُلُّ على معنى جديد سيما الترادف بتَعَدُّد الألفاظ على شيء واحد [قاعدة اليقين للباحسين ١٧٠]، وهكذا قولهم: الأصل في الكلام الإفراد حتى يقوم دليل الاشتراك [المرجع السابق ١٦٧].

(٣) القواعد لابن رجب ٣٤٦، الكشاف ٥/ ٢٦٦.

لكن إذا عارض حملَ اللفظ على معنى جديد معارضٌ أعملنا ما تقتضيه القرائن والأصول، فمن أقرّ لشخص بألف في وقتين، فألف واحد فقط؛ لأَنَّ الأصل براءة الذمة من الزائد وجريان العادة بتكرار الإقرار، إلاَّ أَنْ يدُلَّ دليل على التَّعَدُّد ــ كأَنْ يذكر لكل واحد منهما سبباً ــ فيلزمه ألفان[1].

٣ ــ السؤال مُعَادٌ في الجواب:

والمراد بها: أَنَّ من سُئل سؤالاً مفصلاً، فأجاب بإحدى أدوات الجواب: (نعم، بلى، أجل)، فيُعَدُّ الجواب مشتملاً على مضمون السؤال ومعاداً فيه، فمتى قيل لرجل: للرجل الفلاني عليك ألف درهم، فقال: نعم ــ كان إقراراً صريحاً بالألف يلزمه أداؤه، ولا يقبل تفسيره بما يخالفه، فإعمال السؤال وإضماره في الجواب أولى من إهماله؛ لأَنَّ مدلول أدوات الجواب يعتمد على ما قبلها من تفصيل، ولأَنَّ الجواب غير مستقل بنفسه في الإفادة[2].

ويَدُلُّ على اعتبار إعادة السؤال في الجواب قوله ــ تعالى ــ: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا۟ نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤]، أي: نعمْ

فائدة: قال الفقهاء: يشترط في التأكيد أَنْ يكون متصلاً، فلو مضى زمن طويل عرفاً بين الكلام المؤكِّد والمؤكَّد لم يقبل. [الكشاف ٥/ ٢٦٦].

(١) شرح المنتهى ٣/ ٥٨٦، الكشاف ٦/ ٤٧٧.

(٢) الكشاف ٥/ ٨٣، شرح المنتهى ٣/ ١٢٨، المنثور ٢/ ٢١٤، الوجيز للبورنو ١٩٨.

وجدنا ما وعدنا ربنا حقّاً[1].

٤ ــ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله:

إذا كان الشيء لا يتجزأ، فَلَفَظَ المكلَّفُ ببعضه لزمه كله، وذلك كمن طلق زوجته بقوله: أنت طالق نصف طلقة، فيُعْتَدُّ عليه بطلقه تامة، فقد دار ذكر بعض الطلقة بين إعماله بالاعتداد به طلقة واحدة تامة وبين إهماله بعدم الاعتداد به، فرجح جانب الاعتداد به؛ لأَنَّ إعمال الكلام أولى من إهماله[2]، وهكذا لو قال شخص: اكفلْ ثلث فلان أَوْ نصفه كان كفيلاً ببدنه كله بإحضاره عند الطلب؛ لأَنَّ الإِحضار لا يتجزأ، بخلاف الضمان فإنَّه يتجزأ[3].

وإسقاط بعض ما لا يتجزأ كإسقاط كله، فإذا عفا مستحق القصاص عن بعضه، أَوْ عفا بعض المستحقين سقط القصاص كله[4].

٥ ــ الجمع بين ظاهر اللفظ والمبنى وبين الحقيقة والمعنى عند ظهوره:

الأصل قصركلام المكلف على ما نطق به وعدم تفسيره بما

---

(١) الكشاف ٥/ ٣٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٦٢، المغني ١٠/ ٩٠٥ (ط: هجر)، الكشاف ٥/ ٢٦٣، القاعدة الكلية للهرموش ٢٦٣.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٢٥٣، الكشاف ٣/ ٣٧٧.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٦٠، الكشاف ٥/ ٥٣٤.

يخالف ذلك[1]، لكن يجوز مخالفة هذا الأصل عند القرينة المقتضية لذلك، فيجمع بين ظاهر اللفظ والمبنى وبين الحقيقة والمعنى عند ظهوره.

وهذا معنى القاعدة المقررة عند الفقهاء: العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

فالاعتداد في الألفاظ بمعانيها، وحقائقها المتجهة إليها قصود وإرادات المتكلمين بها مع لفظها ومبناها، فيجمع بين ظاهر اللفظ ومبناه وبين حقيقة الأمر ومعناه عند قرينة مقتضية لذلك.

فإذا كانت حقيقة الأمر الصادر من المكلف كلاماً أَوْ عقداً تخالف لفظه ظاهراً اعتددنا بالمعنى وأعملناه، وجمعنا بينه وبين اللفظ بوجه صَحِيح، كأَنْ يحمل اللفظ على المجاز، فلا يهدر اللفظ، ولا يعرض عن المعنى، بل يجمع بينهما عند القرينة المقتضية لمراعاة المعنى[2].

---

(١) الحاوي ١٥/ ٣٦٢.

(٢) القواعد لابن رجب ٤٩، إعلام الموقعين ١/ ٢١٨، ٢٢٤، ٣٥٠، ٣/ ٩٥، ١١٩، زاد المعاد ٥/ ١٠٩، ٨١٣، الموافقات ٢/ ٨٢، المنثور ٢/ ٣٧١، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/ ١٢٥، الفواكه العديدة ٢/ ٣٣، القواعد والأصول الجامعة ١٠٩، فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٨١، شرح القواعد الفقهية ١٣، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٦٦، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٥٥٥، القاعدة الكلية للهرموس ٢٠٣، الوجيز للبورنو ٦٥، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٨١.

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «فيجب في ذلك ــ أي موجب العقد ــ ما أوجبه العاقدان بحسب قصدهما الذي يظهر بلفظهما، وعرفهما»[١].

ويقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «وقواعد الفقه وأصوله تشهد أَنَّ المرعي في العقود حقائقُها ومعانيها، لا صورها وألفاظها»[٢].

ويقول الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ) ــ وهو يبين عمل القاضي عند فصل النزاع ــ: «ولا يقف ــ يعني القاضي ــ عند ظواهر الألفاظ ويترك حقائق المعاني»[٣].

ومن أمثلة ذلك في العقود: أَنَّ من قال لآخر: خُذْ هذه السيارة إعارةً بألفي ريال للشهر، فهي إجارة.

ومن طلق على عوض فهي مخالعة ولوكانت بلفظ الطلاق، ومن قال: وهبتك هذه العين بعشرة آلاف ريال فهي بيع لا هبة، ومن أظهر بيعاً بقصد توثيق الدَّين فهو رهن لا بيع[٤].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٧٥، وفي المعنى نفسه المرجع السابق ٢٩/ ١٥٥، القواعد النورانية ٣.

(٢) زاد المعاد ٥/ ٢٠٠، وفي المعنى نفسه انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٩٥.

(٣) فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٨١.

(٤) المراجع السابقة في الهامش رقم (٢) من الصفحة ١٦٦.

ومن ذلك: أَنَّ الكلام إذا خرج مخرج المبالغة والكناية غلَّبنا جانب المعنى واعملناه[1].

فلو قال رجل لولده: لست ولداً لي لم يكن ذلك قذفاً لأمه إذا فسره بما يحتمله مما ليس قذفاً؛ لأَنَّ الرجل قد يغلظ في القول والفعل لولده، هكذا ذكره بعض الحنابلة[2].

وهذا اللفظ يستعمل اليوم للمبالغة في الكلام في مقام التأديب أَوْ اللوم، فلا ينصرف إلى غيره من كنايات القذف للأم ما لم تكن ثمَّ قرينة تعارض ذلك وتوجب صرفه.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّه إذا تعذر التأليف بين المعاني المقصودة والألفاظ الصادرة من المكلف وجب العمل باللفظ دون المعنى[3].

مثاله: أَنْ يقول الرجل لزوجته: أنتِ طالق، مع ظهور اللفظ ودلالته على هذا المعنى دون سواه، ثم يقول: لم أقصد فراق زوجتي بطلاقها، فلا يسمع منه[4].

---

(١) قواعد المقري (مخطوط) لوحة رقم ١١١.

(٢) الكشاف ٦/ ١١٠.

(٣) القواعد الكبرى الفقهية ٣/ ٢٩٣، الوجيز للبورنو ٦٧، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٨١.

(٤) الكشاف ٥/ ٢٤٦، منار السبيل ٢/ ٢٣٧.

وقد يؤخذ بباطن الأمر الذي يدَّعيه المدعي **ويهدر لفظ التعاقد** لأَنَّهما لم يريدا معناه متى ثبت ذلك بقرينة قوية دالة على ذلك، كبيع التلجئة الذي يظهره المتعاقدان خشية ظالم من مغتصب ونحوه، فيهدر اللفظ ببطلان العقد، ويؤخذ بباطن الأمر وحقيقته، وهكذا في بيع الهازل[1]؛ فاللفظ قد يكون صريحاً في دلالته على أمر، لكن ينضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه وحقيقته إلى معنى مخالف للفظ[2].

ومما يدخل في الاعتداد بالحقيقة والمعنى عند ظهوره في تفسير اللفظ والمبنى: **الدعوى والطلباتُ فيها**.

فإنَّه يعتدُّ بالمعاني التي تظهر من تقرير الخصوم لدعواهم وطلباتهم ولا يعتد بألفاظهم ومباني كلامهم مجردة إذا ظهر ما يصرفها، فمن ادعى بشيء وشرحه في دعواه بما يخالف لفظه أَعْمَلْنا شرحه وفسرنا به لفظه.

ولقد صرح الشافعية في أَصَحّ القولين عندهم أَنَّ من ادعى قتل عمد ووصفه بغيره من خطأ وشبه عمد لم يبطل أصل الدعوى، ويعتمد وصفه وتفسيره، ويلغى لفظه، ويمضي القاضي في الدعوى دون تجديدها؛ لأَنَّ الخصم قد يظن ما ليس بعمد عمداً، ولأَنَّ العبرة

(١) الكشاف ٣/ ١٤٩، شرح المنتهى ٢/ ١٤٠.

(٢) أشباه السيوطي ٢٩٤.

بالمعاني لا بالألفاظ والمباني[1]، لكن ينبغي تقييد ذلك بأَنْ يوافق الطلب في الدعوى، أَوْ يُعَدِّل الخصم الطلب إذا ساغ العدول أَوْ التعديل.

٦ ـ من أطلق لفظاً لا يَعْرف معناه لم يؤاخذ بمقتضاه:

يراعى في أعمال اللفظ عند نطق المكلف به بإقرار ونحوه أَنْ يكون قاصداً مريداً له، فمن تكلم بما لا يريده ولا يقصده لم يؤاخذ به[2]؛ ذلك أَنَّه كما يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «لا بُدَّ من إرادتين: إرادة التكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبه ومقتضاه، بل إرادة المعنى آكد من إرادة اللفظ؛ فإنَّه المقصود، واللفظ وسيلة»[3]، ومن أمثلة ذلك: كلام النائم، والذاهل، والناسي، والمخطىء من شدة الفرح، أَوْ الغضب أَوْ المرض ونحوهم.

وهكذا من طلق أَوْ باع أَوْ تصرف تصرفاً قوليّاً وهو لا يفهم ما نطق به ولم يعرف معناه، كالأعجمي يخرج منه ذلك باللغة العربية وهو لا يفهمها فكل هؤلاء لا يؤاخذون بما نطقوا به[4].

---

(١) حاشية القليوبي ٤/ ١٦٤، مغني المحتاج ٣/ ١١٠، ١١١، نهاية المحتاج ٧/ ٣٨٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، مجموع الفتاوى ٣٣/ ١٠٧، إعلام الموقعين ٣/ ٦٢، ١٠٥، ١٢١، الكافية في الجدل ٥٣٦.

(٣) إعلام الموقعين ٣/ ٦٢.

(٤) إعلام الموقعين ٣/ ٩٤، ٩٥، ٤/ ٢٢٨، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، مجموع =

ويؤيد ذلك ما نجده أحياناً من خطأ الإنسان في مناداة أولاده بعضهم باسم البعض الآخر، وقد أخطأ رجل من شدة الفرح، فقال: «اللّـٰهُمَّ أنت عبدي وأنا ربك، أخطأ من شدة الفرح»[1].

وقد ساق ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ) خبراً عن عمر ــ رضي الله عنه ــ، قال: «وفي مصنَّف وكيع: أَنَّ عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها: سَمِّني، فسمَّاها: الطيبة، فقالت: لا، فقال لها: ما تريدين أن أسميك؟ قالت: سَمِّني: خليَّة، طالق، فقال لها: فأنت خلية، طالق، فأتت عمر بن الخطاب، فقالت: إنَّ زوجي طلقني، فجاء زوجها، فقص عليه القصة، فأوجع عمر رأسها، وقال لزوجها: خذها بيدها، وأوجع رأسها».

وقد عقب ابن القَيِّم على ذلك بقوله: «وهذا هو الفقه الحي الذي يدخل إلى القلوب بغير استئذان»[2].

والأصل مؤاخذة الإنسان بما نطق به، لكن إذا دَلَّت القرائن على عدم إرادة المتكلم لما تلفظ به عدلنا عن هذا الأصل، وقلنا: إنَّ من أطلق لفظاً لا يعرف معناه لم يؤاخذ بمقتضاه.

❑ ❑ ❑

= الفتاوى ٣٣/ ١٠٧، شرح المنتهى ٣/ ٥٧٩.

(١) هذه قطعة من حديث أنس بن مالك، رواه مسلم ٤/ ٢١٠٤، وهو برقم ٢٧٤٧.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ٦٣.

المطلب الرابع

الوضوح والإجمال في لفظ المكلف

الوضوح والإجمال يرد على كلام المكلف، كما يرد على نُصُوص الشرع، ونتناول الواضح في كلام المكلف، ثم المجمل فيما يلي:

أولاً: الواضح في لفظ المكلف:

المراد بالواضح:

هو ما اتضحت دلالته على معناه بحيث لا يحتاج فهم المعنى المراد منه، أَوْ تطبيقه على الوقائع إلى أمر خارج عنه[1].

أقسام الواضح في لفظ المكلف وحكم العمل بها:

والواضح من كلام المكلَّف ينقسم إلى **صريح وظاهر**: وتفصيلها فيما يلي:

(١) انظر ما سبق في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الخامس من الباب الأول.

القسم الأول: الصريح.

وهو ما أفاد المعنى بنفسه مع عدم احتمال غيره[1].

وسماه بعض الشافعية نَصّاً؛ وذلك مثل لفظ الطلاق أَوْ البيع أَوْ الإجارة، فإنَّها صريحة في بابها ولا تحتاج إلى نية، ولا يقبل من المكلف حكماً تفسيرها بغير ما دَلَّت عليه[2].

وهذا هو شأن الصريح من كلام المكلَّف، وحكم العمل به.

القسم الثاني: الظاهر.

وهو المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق، مع احتمال غيره.

وحكم العمل به: أَنَّ المكلف إذا أطلق لفظاً حمل على ما يقتضيه ظاهره، وهو الاحتمال الراجح، ولا يحمل على الاحتمال الخفي والمرجوح، يقول القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «. . . متى حصل التبادر كان الحق أَنَّ اللفظ موضوع لما يتبادر إليه الذهن؛ لأَنَّه الراجح، والمصير إلى الراجح واجب وإن كان خلاف الأصل»[3].

---

(١) شرح المنتهى ٣/ ١٢٧، الكشاف ٥/ ٢٤٥، المطلع على أبواب المقنع ٣٣٤، الدر النقي ٦٧٨، القواعد والأصول الجامعة ١٠٩، تحرير ألفاظ التنبيه ٢٣٤، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٨، وللسيوطي ٢٩٣.

(٢) الكشاف ٥/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٣٠٩، شرح المنتهى ٣/ ١٢٧، ١٢٨، بدائع الصنائع ٤/ ٤٦، قواعد الأحكام ٢/ ٩١، ١١٨، ١١٩، القواعد والأصول الجامعة ١٠٩، المنثور ٣/ ١١٨، ١١٩، ٢/ ٣١٠، قواعد المقري ١/ ٢٧٦، القواعد المستخلصة من التحرير ١٦١، ١٦٤.

(٣) الإحكام ٣٧.

فمن دفع مالاً لآخر، وقال له: مَلَّكْتُك هذا المال، ولم يذكر البدل، ولم تقم قرينة تَدُلُّ على ذلك فهو هبة، فإذا اختلف الآخذ والمعطي، فقال المعطي: هو قرض، وقال الآخذ: هو هبة، فالقول قول الآخذ: إنَّها هبة؛ لأَنَّ الظاهر معه؛ إذ لفظ التمليك يفيد الهبة.

ومن قال لآخر: لك في هذا المال ألف، أَوْ لك في هذه الدار نصفها، فهو إقرار يؤاخذ به، ولا يقبل منه تفسيره بإنشاء الهبة؛ لأَنَّه خلاف الظاهر.

ويجوز صرف **الظاهر** إلى الاحتمال الخفي أَوْ المرجوح بدلالة الحال أَوْ العرف أَوْ السياق أَوْ لفظ آخر وغير ذلك مما فيه دلالة على صرف الظاهر لذلك المعنى(١).

مثاله: لو كان عمرو يملك داراً قد أَجَّرها على زيد، فمَرَّ رجل فسأل عَمْراً عن مسكن زيد، فأشار إليها، وقال: هذه دار زيد، لم يكن ذلك إقراراً من عمرو لزيد بالدار، بل إخبار بأَنَّها محل سكناه؛ بدلالة السياق، والإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة.

وفي التنزيل قوله ـ تعالى ـ : ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣]، وقوله: ﴿وَٱذْكُرْنَ مَا يُتْلَىٰ فِي بُيُوتِكُنَّ مِنْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ

---

(١) المنثور ٣/ ١٢١، ١٢٢، قواعد الأحكام ٢/ ١٢١، إعلام الموقعين ٣/ ١٠٨، ١٠٩، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٢٧٤، الكشاف ٣/ ٥٨٣، ٥/ ٢٤٦، ٦/ ٣٠٥، ٣٧٣، ٣/ ٣١٢، شرح المنتهى ٢/ ٢٢٥، المجلة الشرعية للقاري ٥١٤.

وَٱلْحِكْمَةِ﴾ [الأحزاب: ٣٤]، وقوله في المطلقات: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

فقد أضاف البيوت للزوجات مع أَنَّ البيوت للأزواج؛ لأَنَّهن يَسْكُنَّ فيها، فالإضافة إضافة إسكان لا إضافة تمليك، والإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة(١).

ومن صرف الظاهر ما يكون مرجعه لنية المتكلم إذا كان في إنشاء أمر يستقل به المتكلم، مثل: تفسير الموقف والموصي مرادَه بما يخالف الظاهر بتخصيص ونحوه، كما لو قال: ثوبي أَوْ خيلي وقف، وفسره بمعين، فإِنَّه يقبل منه هذا التفسير وإن كان ظاهره العموم(٢).

جاء في الاختيارات: «وهذا أصل عظيم في الإنشاءات التي

---

(١) التحرير والتنوير ٢٢/ ١١، شرح المنتهى ٣/ ٥٨٣، المسودة لآل تيمية ٥٠٩.
فائدة: الإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة، هذا الضابط كما يجري في العقار يجري في الديون، يقول ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥]، فقد نسب الأموال للأولياء وهي لليتامى؛ لأن الأولياء هم الناظرون عليها [فتح القدير للشوكاني ١/ ٤٢٥]، ولو قال جائز التصرف: ديني الذي على زيد لعمرو صَحَّ ذلك، ولا يناقض نسبة الدين لنفسه إقراره به لعمرو؛ لأنه قد يكون وكيلاً لعمرو أَوْ عاملاً له في مضاربة، أَوْ كان له عليه يد أَوْ ولاية، والإضافة تكون لأدنى ملابسة [شرح المنتهى ٣/ ٥٨٣، الكشاف ٦/ ٤٧٣].

(٢) الاختيارات ١٩١، القواعد والأصول الجامعة ١٠٩.

يستقل بها، دون ما لا يستقل بها كالبيع ونحوه»[1].

والاحتمال المرجوح لا يَصْرِف ولا يُسْقِط دلالة اللفظ الظاهر إلَّا عن دليل، ولذلك جاءت القاعدة الفقهية مقررة بأَنَّه: لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن الدليل.

أَمَّا **مجرد الاحتمال** من دون دليل فلا يسقط به الاستدلال، ولا يصرف الدليل عن ظاهره[2].

ثانياً: المجمل في لفظ المكلف:

المراد بالمجمل:

هو ما احتمل معنيين فأكثر على السواء.

وفي قول: ما لا يفهم معناه عند الإطلاق[3].

وذلك مثل: لفظ **الفجر**، فإنَّه يطلق على الفجر الأول، كما يطلق على الفجر الثاني، ومثل لفظ **العيد** فإنَّه يطلق على عيد الفطر، كما يطلق على عيد الأضحى، ومثل **شهر ربيع**، فإنَّه يطلق على الأول، كما يطلق على الثاني.

ومثل الكنايات في النكاح والقذف ونحوها، والإقرار بمجهول.

---

(١) الاختيارات ١٩١.

(٢) الفروق ٢/ ٨٧، مجموع الفتاوى ٢١/ ٥٦، الوجيز للبورنو ١٢٧.

(٣) شرح المنتهى ٣/ ٥٨٨، الكشاف ٥/ ٢٤٦، ٦/ ٤٨٠، المنثور ٣/ ١١٨ تحرير ألفاظ التنبيه ٢٤٤.

فمن أقر بدين لرجل ـ كألف ـ وفي البلاد نقود مختلفة متساوية الرواج كان هذا الإقرار مجملاً لا يعمل به إلاَّ بعد تفسيره.

ومن طلق أَوْ قذف بكناية فلا يعمل بموجبها إلاَّ بعد تفسيرها.

والإجمال قد يكون واقعاً **بالفعل**، كما في الألفاظ التي مثلنا بها، وقد يكون **بالقوة** بأَنْ يكون الكلام في نفسه غير مشكل، ولكن عارضه كلام آخر جعله مشكلاً، كالتناقض في كلام المكلف والبينات المتعارضة، ولذا اهتم العلماء ببيان أحكام التناقض في الدعوى والبينات المتعارضة[1].

حكم العمل بالمجمل في لفظ المكلف:

لا يعمل بالمجمل من لفظ المكلف ومنه المشترك والمجهول إلاَّ بعد بيانه، فإن تعذر بيانه أهمل ولم يعمل به.

ومن أمثلة ذلك ما ذكره الفقهاء: أَنَّ من أوقع على زوجته كلمة، وشَكَّ: هل هي طلاق أَوْ ظهار ـ لم يلزمه شيء منهما؛ لأَنَّ الأصل عدمهما ولم يتيقن أحدهما[2].

ولو أَنَّ شخصاً باع سلعة بدينار مطلق غير معين ولا موصوف

---

(١) انظر في أحكام التناقض في الدعوى: دعوى التناقض والدفع للدغمي ٨١، ١٤٢، وفي أحكام البينات المتعارضة: تعارض البينات في الفقه الإسلامي للشنقيطي.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ١٨٢، منار السبيل ٢/ ٢٥٤.

في الذمة، وفي البلد نقود مختلفة من الدنانير كلها رائجة لم يَصِـحَّ البيع؛ لعدم العلم بالثمن حال العقد[1].

والضابط في هذا الباب: أَنَّ الكلام إذا تعذر إعماله وبيانه أُهْمِل[2]، وأَنَّ المجهول إذا يئس من الوقوف عليه، أَوْ شق اعتباره وبيانه يُنَـزَّل منزلة المعدوم وإن كان الأصل بقاءه[3]، ويأتي طرق بيان المجمل وأمثلة لها في العنوان التالي.

طرق بيان المجمل في لفظ المكلف:

كل طريق يحصل به بيان المجمل في لفظ المكلف وكذا تصرفه فإنَّنا نَعْتَدُّ به ونُعْمِلُه، ومن أبرز هذه الطرق ما يلي:

١ ــ حمله على الجائز المشروع:

والمراد بذلك: حمل المجمل من كلام المكلف على الوجه المشروع دون الوجه المحرم الممنوع.

فإذا صدر من المكلف قول أَوْ تصرف، وتردد حمله على الوجه المشروع أَوْ الوجه الممنوع فيكون مجملاً، ويفسر بالوجه المشروع

---

(١) الكشاف ٣/ ١٧٤.

(٢) الفروق ٢/ ٨٧، شرح الكوكب المنير ٤/ ٥٩٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥، وللسيوطي ٢٩٣، الكشاف ٥/ ٢٤٦، ٦/ ٣٠٤، شرح المنتهى ٣/ ٤٥٨، القاعدة الكلية للهرموش ٢٢٥، ٢٢٦، الوجيز للبورنو ١٩٢، تفسير النصوص ١/ ٤٨، ٤٩.

(٣) قواعد ابن رجب ٢٣٧، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٢٢، ٣٢٦.

دون الوجه الممنوع، وذلك كالخليفة يشتري شيئاً ويدفع ثمنه من بيت المال، ويدعيه ورثته ملكاً خاصاً لمورثهم لاقتسامه بينهم، فيكون ذلك الشيء لبيت المال؛ لأَنَّه وإن احتمل أَنْ يكون الشراء لنفسه أَوْ للمسلمين إلاَّ أَنَّ تصرفه يُحمل على الجائز المشروع وهو شراؤه للمسلمين دون المحرَّم الممنوع وهو شراؤه لنفسه من بيت المال[1].

٢ ــ حمله على نية المكلف وتعيينه:

فمن المجمل ما يكون بيانه من جهة المكلف نفسه، فيُرجع في تفسيره إلى نيته وتعيينه بقوله أَوْ فعله، وذلك إذا كان لا يُعرف إلاَّ من جهته.

ومن ذلك: كنايات الطلاق والقذف، فالقول قول المطلِّق والقاذف في تفسيرها حسب نيته ما لم يعارض ذلك قرينة قوية، كأَنْ يكون الطلاق بالكناية حال الخصومة أَوْ الغضب، أَوْ تسأله طلاقها، أَوْ يصاحب كناية القذف قرينةٌ تفسره فيعمل بها[2].

ومن ذلك: من أتى بإحدى كنايات الوقف وقال: أردت بها الوقف لزمه، وإن نفى إرادة الوقف قُبِل قوله[3].

---

(١) الاختيارات الفقهية ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) منار السبيل ٢/ ٢٤٠، ٢٤١، ٣٧٦.

(٣) الكشاف ٤/ ٢٤٢.

ومن ذلك: الرجل يكون عليه لآخر دينان؛ ألف عن دين طَلْق (أي: بغير رهن)، وألف عن دين برهن، فيدفع المدين لرب الحق ألفاً ويُطْلِق (أي: لا يبين صرفه لأيٍّ من الدينين)، فالقول قوله في صرفه لأحدهما؛ لأَنَّه أدرى بما صدر عنه، ولأَنَّ له تخصيصه ابتداءً بأحدهما[1].

ومن ذلك: المرأة يطلقها زوجها، وتدعي انقضاء عدتها بالقروء في زمن يمكن فيها ذلك، أَوْ تدّعي انقضاء عدتها بوضع الحمل الممكن، فالقول قولها ولو أنكر ذلك الزوج؛ لأَنَّ الله ـ عزَّ وجلّ ـ جعلها مؤتمنة على ذلك، يقول ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨][2].

ومن ذلك: لو قال رجل عن آخر: له عليَّ ألف، وفي البلد أكثر من عملة متساوية الرواج لا مرجح لتعيين إحداها، فيرجع إليه في تفسيرها بأي العملات الرائجة؛ ولذلك قال الفقهاء: من قال: له علي ألف، فإنَّه يُرجع إليه في تفسير جنسها[3].

ومن ذلك لو قال إنسان عن آخر: له عليَّ درهم أَوْ دينار لزمه أحدهما، ويُرجَع في تعيينه إليه؛ لأَنَّ (أَوْ) لأحد الشيئين، فكان

(١) المنثور ١/ ١٤٥، ٣/ ١٧٩، الكشاف ٣/ ٣٧٢، شرح المنتهى ٢/ ٢٣٧، الروض المربع ٥/ ٧٦.

(٢) الكافي لابن قدامة ٣/ ٢٣١.

(٣) الكشاف ٦/ ٤٨٢، الروض المربع ٧/ ٦٤٩.

الإقرار مجملاً وتعيينُ أحدهما للمقِرّ؛ لأَنَّه لا يعلم إلاَّ من جهته[1].

ومن البيان بالفعل ما ذكره الفقهاء: أَنَّ من أقر لآخر بخاتم وأطلق، ثم سلم له خاتماً فيه فصّ، وقال: ماأردت الفص ــ لم يقبل قوله، ولو سلم له إبتداءً خاتماً بدون فصّ وقال: هذا الذي أردت قُبِل منه؛ لأَنَّ لفظه يحتمله[2].

٣ ــ البيان بالعرف:

سبق تعريف العرف[3].

للعرف أهمية كبيرة في بيان المجمل فيما يصدر من المكلف من تعاقد وإقرار ونحوهما، فموجبات العقود كما تتلقى من اللفظ تتلقى من العرف[4]، فإذا أطلق إنسان لفظاً مجملاً، كقوله: لزيد عليَّ مال عظيم، رُجع في تفسيره للعرف، ولا يقبل تفسيره بأقل متمول بخاصة إذا كان المقرُّ من الأغنياء المكثرين، أَوْ الملوك[5]، إلاَّ مع عدم العرف أَوْ القرينة فيقبل تفسير المقرّ لذلك ولو بأقل متمول[6].

---

(١) الكشاف ٦/ ٤٨٥، الروض المربع ٧/ ٦٥٢.

(٢) الكشاف ٦/ ٤٨٦، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ٧/ ٦٥٣.

(٣) انظر ذلك: في الفقرة الخامسة من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثالث من الباب الأول.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٤/ ٩١.

(٥) إعلام الموقعين ٤/ ٢٢٨.

(٦) الاختيارات ٣٧١.

٤ ــ البيان بالعادة:

العادة أخص من العرف، فهي عادة شخص أَوْ قوم في أمر من الأمور[١].

فيفسر المجمل ــ ومنه المجهول ــ بما تستقر عليه عادة شخص؛ لأَنَّه قرينة دالة على المُفَسَّر.

ومن بيان العادة للمجهول ما ذكره الفقهاء: أنَّه إذا جهل شرط الواقف في مصرف الوقف عُمِلَ بالعادة المستمرة من النُظَّار السابقين، فإن لم يكن فبالعرف[٢].

ويلحظ هنا أَنَّ العادة قُدِّمَتْ على العرف، لكن لو لم يكن عادة صِير إلى العرف مع عدم البينة.

٥ ــ البيان بالقرعة:

القرعة وسيلة لتعيين المبهم أَوْ المشتبه فيه بالإجمال.

ومن أمثلة ذلك ما ذكره الفقهاء: أَنَّ من طلق امرأة من نسائه ونسيها ميَّزها عن غيرها من نسائه بالقرعة[٣]، ومن قال: امرأتي طالق، ومعه أكثر من امرأة، ونوى واحدة مبهمة ــ أُخْرِجَتْ بالقرعة[٤].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٨٨٣.

(٢) الاختيارات الفقهية ١٧٦، منار السبيل ٢/ ١٠.

(٣) قواعد ابن رجب ٢٣٨، الكشاف ٥/ ٣٣٨.

(٤) منار السبيل ٢/ ٢٣٩.

٦ ــ البيان بالدلائل الحالية والمقالية:

فالبيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة، فالحال له دلالة المقال، والدلائل الحالية والمقالية تفسر الأقوال والأفعال[١].

فمن كَنَّى في بيع أَوْ إجارة أَوْ غيرها من المعاملات عَمِلَ بالقرائن الحالية والمقالية في تفسير ذلك وبيانه[٢].

ومن أمثلة ذلك: من ادّعت عدم قبض صداقها، وقال الزوج: بل قبضته، ووُجِدَ معها مال لم يظهر وجه اكتسابها له فالقول قول الزوج؛ أخذاً بدلالة الحال[٣].

لكن إذا تعارض الصريح والدلالة لم يُعْتَدَّ بالدلالة في مواجهة الصريح[٤].

٧ ــ البيان بدلالة الاقتران:

وهي أَنْ يقترن اللفظ المجمل الصادر من المكلف بآخر معه من جنسه يفسره.

فيحمل المجمل على جنس المفسر معه، وذلك مثل أَنْ يقول رجل: لفلان عليَّ ألفٌ ودرهم.

---

(١) أصول الحنفية للكرخي ١٦٣، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٨٣، بدائع الفوائد ٤/ ٩، الكشاف ٥/ ٢٥١، منار السبيل ٢/ ٢٤١، ٣٧٦.

(٢) الكشاف ٥/ ٢٤٦.

(٣) الاختيارات ٢٣٩.

(٤) مجلة الأحكام العدلية (م١٣)، وشرحها لحيدر ١/ ٢٨.

فلفظ (ألف) مجمل يحتمل ألف ثوب، أَوْ ألف دينار، أَوْ ألف درهم، لكنه اقترن بالدرهم المجعول معه في الإقرار، فكان المجمل وهو (ألف) من جنس المفسر وهو (درهم)، فيكون كأَنَّه قال: له عليَّ ألف درهم، ودرهم.

والعرب تكتفي بتفسير إحدى اللفظتين عن الأخرى؛ وفي التنزيل قول الله ـ عزَّ وجلّ ـ : ﴿ وَلَبِثُوا۟ فِى كَهْفِهِمْ ثَلَٰثَ مِا۟ئَةٍ سِنِينَ وَٱزْدَادُوا۟ تِسْعًا (٢٥) ﴾ [سورة الكهف: ٢٥][(١)].

٨ ـ البيان بالحمل على أقل ما يتناوله اللفظ:

فإذا أطلق المكلف كلاماً، واحتمل معاني مُتَعَدِّدَة، ولم يظهر ما يفسره من عرف وغيره، فيحمل على أقل ما يتناوله اللفظ.

مثال ذلك: أَنْ يوكل زيد عَمْراً في طلاق زوجته بأَنْ يقول: قد وكّلْتك في طلاق زوجتي فلانة ـ لم يملك الوكيل إلاَّ طلقة واحدة فقط.

ومثل أَنْ يقر رجل لآخر بحق مجمل، ولم تقم قرينة ولا عرف يفسره بشيء معين، كأَنْ يقول: لزيد عليَّ شيء، فيقبل تفسيره منه بأقل متمول؛ لأَنَّ الإذن أَوْ الأمر أَوْ اللفظ إذا أطلق، فإنَّه يتناول أقل ما يقع عليه الاسم ما لم تصرفه قرينة أَوْ دلالة عن ذلك[(٢)].

❏ ❏ ❏

(١) شرح المنتهى ٣/ ٥٩٠، الكشاف ٦/ ٤٨٢، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه ٧/ ٦٥٠، التعارض والترجيح للبرزنجي ١/ ١٤٢.

(٢) الكشاف ٥/ ٢٣٨، ٦/ ٤٨٠، شرح المنتهى ٣/ ١٢٢، الروض المربع ٧/ ٦٤٧.



المطلب الخامس

عموم لفظ المكلف وخصوصه

العموم والخصوص مما يرد في كلام المكلف، كما يرد على نُصُوص الشرع.

المراد بالعام والخاص والتخصيص في لفظ المكلف:

المراد بالعام: اللفظ الدال على جميع أجزاء ماهية مدلوله بحسب وضع واحد دفعة واحدة بلا حصر[1].

والمراد بالخاص: اللفظ الدال على شيء بعينه[2].

والتخصيص: قصر العام على بعض أفراده بدليل يَدُلُّ على ذلك[3].

---

(١) انظر هذا التعريف وشرحه فيما سبق: المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) انظر ذلك فيما سبق: المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٣) انظر الإحالة السابقة.

حكم العمل بالعام والخاص في لفظ المكلف:

يجب العمل بعموم العام من كلام المكلف ما لم يخصص، فإذا قام دليل يخصصه عَمِلْنا بالخاص، وبقى العام على عمومه فيما عدا ما خصص منه[1].

لكن إذا تعذر العموم حمل الكلام على أخص الخصوص وهو أقل ما يقع عليه الاسم[2].

فيحمل مطلق الكلام على أقل محتملاته ما لم تقم قرينة تخالف ذلك عرفيةً أَوْ حاليةً أَوْ غيرها، فلو أقر شخص لآخر بقوله: له عليَّ مال عظيم قُبِل تفسيره بمتموّل قليلٍ أَوْ كثيرٍ؛ لأَنَّه لا حدَّ للعظيم، ولأَنَّ كلَّ مالٍ عظيمٌ بالنسبة لما دونه ما لم تقم قرينة معتدٌّ بها تخالف ذلك، ككون المقرّ من الأغنياء المكثرين فيرجع في تقديره للعرف[3].

وإذا كان الخاص والعام في كلامين منفرد أحدهما عن الآخر،

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٦٩، قواعد ابن رجب ١٩٩، ٢٧٤، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٣، الكشاف ٥/ ٢٦٦، مجلة الأحكام الشرعية ٥١٤، القواعد والأصول الجامعة ١١٢.

(٢) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٧٩، إعلام الموقعين ٤/ ٢٢٨، الاختيارات ٣٧١.

(٣) الاختيارات: ٣٧١، إعلام الموقعين ٤/ ٢٢٨، الكشاف ٦/ ٤٨٢، شرح المنتهى ٣/ ٥٨٩، القواعد الصغرى ١١٤.

وكان المتكلم لا يمكنه الرجوع فيه، كالإقرار بعد الإقرار، والعقد بعد العقد ـ فلا يكون الثاني من الإقرار أَوْ العقد رجوعاً، ولا مخصصاً للأول ما لم تَدُلَّ قرينة على خلاف ذلك[1]، كأن لا يمكن الجمع بين العقد بعد العقد بوجه سائغ فيحمل على أَنَّ العقد الثاني ناسخ للأول محمول على الإقالة منه[2].

أَمَّا إذا كان الرجوع ممكناً كالوصية فيُقدم الخاص على العام مطلقاً عُلِمَ التاريخُ أَوْ جُهِلَ، وهذا أشهر الروايات عند الحنابلة[3]، وذلك كمن أوصي بثلث ماله للفقراء، ثم في مجلس آخر قال: ثلث مالي لفقراء بني فلان، فيقدم الخاص على العام، ويكون ثلث ماله للفقراء الذين عيَّنهم.

لكن لو أوصى الموصي بعدة وصايا لا مخصص لبعضها، ولم يَفِ الثلثُ بها، ولم يُجِزْها الورثة ـ أُدْخِل النقص على الجميع محاصة، وذلك كمن أوصى بثلث ماله لرجل، ولآخر بمائة ألف ريال، ولعمارة مسجد بعشرين ألف ريال[4] فلا يكون الأخير ناسخاً للأول؛ لأَنَّ وقت لزوم الوصية الموت، فاستوى ما قبله فيها.

---

(١) القواعد لابن رجب ٢٦٩، ٢٧٢.

(٢) انظر ما يأتي في الفقرة (٧) من المطلب الثاني من المبحث السابع من هذا الفصل (الثالث) من الباب الثاني.

(٣) المرجع السابق ص٢٨٥ من هذا الجزء.

(٤) شرح المنتهى ٢/ ٥٤١، الروض المربع ٦/ ٤٨.

صيغ العموم في لفظ المكلف:

للعموم صيغ، منها:

المفرد المضاف، ومَنْ، وما، وأيّ، ومتى، وأل، وكل، وجميع، وهكذا النكرة بعد النفي، أَوْ النهيِ، أَوْ الاستفهامِ، أَوْ الشرطِ.

ويدخل ذلك في كلام الواقفين، والموصين، وفي الطلاق، والأيمان، والإقرار، وغيرها[(١)].

مخصصات العموم في لفظ المكلف:

يخص عموم كلام المكلف بمخصصات، منها:

١ ـ الشرع:

مما يخص به عموم كلام المكلف الشرع، قال ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): «ويخص العموم بالشرع ـ أيضاً ـ على الصَّحِيح في مسائل»[(٢)].

ويقول السيوطي (ت: ٩١١هـ): «ولو كان اللفظ يقتضي العموم، والشرع يقتضي التخصيص ـ اعتُبِر خصوص الشرع في الأَصَحّ»[(٣)].

---

(١) الكشاف ٥/٢٤٦، القواعد والأصول الجامعة ١١٢، ١١٣.

(٢) القواعد ٢٧٧.

(٣) الأشباه والنظائر ٩٣.

ومن أمثلة ذلك: من أوصى بجميع ماله فإنَّ الوصية تقتصر على الثلث إلاَّ بإجازة الورثة.

ومن ذلك ما ذكره ابن رجب: أَنَّ من أوصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين[1].

وبه قال الشافعية، والحنفية[2]؛ لأَنَّ المنع الشرعي كالمنع الحسي.

٢ ـ النِّيَّة:

فالنية مخصصة لكلام المكلف في صور كثيرة، كما أَنَّها تعمم الخاص[3].

قال ابن رجب: «النية تعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف»[4].

ويجري ذلك في الأيمان والطلاق كثيراً، ومثَّل ابن رجب بتخصيص النية للعام بأَنَّ من قال لزوجته: إن دخلتِ الدار فأنت

---

(١) القواعد ٢٧٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠٣، ولابن نجيم ٩٧.

(٣) الكشاف ٤/ ١٤، أحكام أهل الذمة ١/ ٣٠٧.

(٤) القواعد ٢٧٩، وانظر في ذلك ـ أيضاً ـ: المسودة لآل تيمية ١٠٣، إعلام الموقعين ١/ ٢١٨، أحكام أهل الذمة ١/ ٣٠٧، ٣٠٨، الإحكام للقرافي ١١٦، قواعد الحصني ٣/ ١٨٢، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ١٩٥، القواعد والأصول الجامعة ١١٣، ١٠٩، الوجيز للبورنو ٧٠.

طالق، ثم قال: أردتُ في هذه السَّنة، قال ابن رجب: «فالجمهور من الأَصْحَاب على أَنَّه يُديَّن في ذلك، وفي قبوله في الحكم روايتان»[1].

لكن إذا كان اللفظ **صريحاً** لا يحتمل التأويل لم يقبل فيه مخالفة اللفظ بالنية[2].

وهكذا كل ما تعلق به حقوق الآخرين من بيع، وإجارة لا يقبل فيه تخصيص اللفظ بالنية إلَّا بموافقة المستحِق[3].

٣ ـ العرف:

سبق تعريفه.

والعرف مما يخصّ به عموم كلام المكلف[4]، قال عبد العزيز ابن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ): «فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما»[5].

---

(١) القواعد ٢٨٠.

(٢) الكشاف ٥/ ٢٦٢، ٣٠٩، المنثور ٣/ ١١٨، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ١٦١، ١٦٤.

(٣) القواعد والأصول الجامعة ١٠٩.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦، قواعد ابن رجب ٢٧٤، أدب المفتي لابن الصلاح ١١٥، قواعد الحصني ١/ ٣٦٣، صفة الفتوى ٣٦، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٢٧، ٢٢٨، فتح الباري ٦٠٤.

(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦.

فإذا غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية فإنَّه يخص به العموم، قال ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): «بغير خلاف»[١]، فتكون الحقيقة المهجورة بمثابه المجاز، فتترك بدلالة العرف والاستعمال؛ لأَنَّه بهجرها صار لا يعرفها أكثر الناس، ولا تراد عند الإطلاق[٢].

ومثاله ما ذكره القرافي (ت: ٦٨٤هـ): أَنَّه قد وقع في المدونة: أَنَّ من قال لامرأته: أنت عليَّ حرام يلزمه الطلاق ثلاثاً في مدخول بها، ثم قال: «لفظ الحرام في عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة دون عدد، وهي مشتهرة في ذلك. . . ومقتضى هذا أَنْ يفتى بطلقة رجعية ليس إلاَّ»[٣].

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ صريح الكلام قد يكون كناية، والكناية قد تكون صريحاً بكثرة الاستعمال؛ لذا وجب مراعاة ذلك عند تفسيركلام المكلف ونُصُوص الفقهاء المبنية على ذلك[٤].

---

(١) القواعد ٢٧٤.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٤٣٧، القواعد لابن رجب ٢٧٤، الفروق وتهذيبه ١/ ١٧١، ١٨٧، رسم المفتي ٤٤، الذخيرة ٤/ ٣٢٠، الإحكام للقرافي ١١٢، الكشاف ٤/ ٣٦٩، ٦/ ٣٠٤، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩، تبصرة الحكام ٢/ ٦٧، ٧٣، ٧٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٤، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٨٧، الوجيز للبورنو ١١٤.

(٣) الإحكام ١١٤.

(٤) الفروق ١/ ١٧٧، الإحكام للقرافي ٣٧.

وهكذا في الوقف يفسر اللفظ حسب عرف الواقفين لا على الدقائق الأصولية، والفقهية، والعربية.

قال ابن حجر المكي (ت: ٩٧٤هـ): «لا تبنى عبارة الواقفين على الدقائق الأصولية والفقهية والعربية، كما أشار إليه الإمام البلقيني في فتاويه، وإنَّما نجريها على ما يتبادر ويفهم منها في العرف، وعلى ما هو أقرب إلى مقاصد الواقفين وعاداتهم»[١].

ويقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «الأحكام تتعلق بما أراده الناس بالألفاظ الملحونة... ومن رامَ جَعْلَ جميع الناس في لفظ واحد بحسب عادة قوم بعينهم فقد رام ما لا يمكن عقلاً ولا يصلح شرعاً»[٢].

ويقول البهوتي (ت: ١٠٥١هـ): «العبرة بما يفهم من اللفظ، ولا أثر للحن»[٣].

وكما يكون العرف مخصصاً متصلاً في معنى اللفظ فإنَّه يكون مخصصاً منفصلاً، وذلك كمن قال لوكيله: بِعْ داري هذه، فليس له بيعها بغير ثمن المثل، بل ذلك مخصوص بثمن المثل حسب العرف، فكأَنَّه قال: بِعْ داري هذه بثمن المثل[٤].

---

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٨.

(٢) مختصر الفتاوى المصرية ٣٩١، وانظر في المعنى نفسه: الإنصاف ١١/ ١٢، الكشاف ٦/ ٢٣٣.

(٣) الكشاف ٦/ ١٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٥ ـ ١٢٦.

وعلى الاعتداد بالعرف مخصصاً لعموم لفظ المكلف وتصرفه دَرَجَ القضاة والمفتون في تفسير الوقائع، فقد سُئِل بعضهم فيمن أوقف نخلة ـ كما يفعله بعض أهل نجد ـ فبادت، فأجاب: بأَنَّ العرف ومقاصد الناس معتبرة في تصرفاتهم، والعرف في وقتنا أَنَّ المُوقِف لا يقصد إلاَّ جذع النخلة، وأَنَّها لا تعاد إذا بادت، مع أَنَّ القياس يقتضي ذلك، فالفرع لا يتبعه الأصل، والأصل يتبعه الفرع، إلاَّ أَنْ يكون بستاناً ونحوه فالقرينة تقتضي دخول الأصل والفرع معاً في الوقفية[1].

٤ ـ عادة الشخص أَوْ القوم:

العادة أخص من العرف؛ إذ إنَّها عادة شخص أَوْ قوم في أمر من الأمور[2].

والعادة قولية أَوْ فعلية مما يخص به عموم كلام المكلَّف، فعادة الشخص أَوْ القوم في أمر من الأمور مما يخص كلامه ويفسره، قال ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): «يخص العموم بالعادة على المَنْصُوص، وذلك في مسائل»[3]، وذكر ابن رجب جملة من المسائل منها:

مَنْ أوصي لأقربائه وأهل بيته فبم يفسر لفظه؟ وحاصل ذلك

---

(١) حاشية العنقري على الروض ٢/ ٤٧٥، فتاوى ورسائل ٧/ ١٨٧، ١٨٨.

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٨٤٣.

(٣) القواعد ٢٧٦.

ثلاثة أوجه من التفسير عند الحنابلة، هي[1]:

(أ) أَنَّ قرابة الأم لا يدخلون في الوصية إلَّا إذا كان الموصي يصلهم في حياته.

(ب) أَنَّ ذلك ينصرف لمن كان يصله الموصي في حياته من قرابته من جهة أبيه أَوْ من جهة أمه، فإن لم يكن له عادة بصلة أحدهما فهي لقرابة الأب، وهذا الوجه هو المذهب ـ كما ذكره ابن رجب ـ .

(ج) أَنَّه لا اعتبار بالصلة.

وللوجه الثاني قوة، وبه يتحقق المثال ويظهر التعليل.

وقد خالف جماعة من العلماء[2] منهم القرافي (ت: ٦٨٤هـ) في **تأثير العادة الفعلية على اللفظ**؛ يقول القرافي: «العوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصاً ومجازاً وغيره، بخلاف العوائد الفعلية»[3].

وما ذكره ابن رجب أظهر، فيُعمَل بالعادة قوليةً أَوْ فعليةً إذا تجردت عن القرائن المانعة من إعمالها؛ لأَنَّها قرينة على تحديد المراد وتخصيصه.

---

(١) القواعد ٢٧٦.

(٢) قواعد الحصني ١/ ٣٩٠.

(٣) شرح تنقيح الفصول ٢١٣.

٥ ـ القرائن الحالية والمقالية ونحوهما:

والمراد بها: ما يحف بالكلام من أقوال، ومقتضيات، وأسباب لها تأثير في دلالته.

فيخصّ عموم كلام المكلف بالقرائن الحالية، والمقالية؛ من أفعال وأقوال، ومقتضيات، كالسياق، وأسباب حملت عليه، فلسان الحال كلسان المقال في تخصيص الكلام وتفسيره.

وهكذا يخص الكلام بما لا يقصد من العموم عادةً إمَّا لندرته، أَوْ لاختصاصه بمانع، وذلك ما لم يعارض هذه المخصصات ما هو أقوى منها دلالة، فالإعمال لهذه الدلالات في التخصيص وإهمالها بحسب قوة القرائن وضعفها، وقوةِ ما يعارضها وضعفه، ويجري ذلك كثيراً في الأيمان والطلاق، كما يجري في غيرها من المعاملات من بيع، وإجارة، ونحوهما[1].



(١) قواعد الأحكام ٢/١٢٦، أحكام أهل الذمة ١/٣٠٧، بدائع الفوائد ٤/٩، القواعد لابن رجب ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٣، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/٢٣٣، القواعد والأصول الجامعة ١١٢، ١١٣.

المطلب السادس
إطلاق لفظ المكلف وتقييده

المراد بالمطلق والمقيد في لفظ المكلف:

المراد بالمطلق: هو اللفظ الدال على أمر مجرد عن القيود التي توجب فيه بعض الأوصاف والحدود.

والمراد بالمقيد: هو اللفظ الذي يكون محدداً بشيء من الأوصاف والحدود، فلفظ (فرس) مثلاً مطلقٌ، وإذا قلنا: (فرس أبيض) صار مقيداً[(١)].

حكم العمل بالمطلق والمقيد في لفظ المكلف:

الأصل العمل بالمطلق على إطلاقه حتى يرد دليل يَدُلُّ على التقييد فيجب العمل به مقيداً بقيده[(٢)]، قال الحصيري (ت: ٦٣٦هـ): كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد[(٣)].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٠٤، درر الحكام لحيدر ١/ ٥٦، الوجيز للبورنو ١٩٥.

(٢) القاعدة الكلية للهرموش ٣٨٨، الوجيز للبورنو ١٩٥.

(٣) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ١٩٥، ٤٩٢.

وقال ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ): «يجب تقييد اللفظ بملحقاته من وصف، أَوْ شرط، أَوْ استثناء، أَوْ غيرها من القيود. . . فكما أَنَّنا نعتبر هذه القيود في الكتاب والسنة كذلك نعتبره في كلام الناس، ونحكم عليهم بما نطقوا به من إطلاق أَوْ تقييد، ويدخل في هذا الأصل من الأحكام ما لا يُعَدُّ ولا يحصى من ألفاظ المتعاقدين، وصفة العقود، ومن شروط الموقفين والموصين، ومن القيود والاستثناءات في كلام المطلّقين والمعتقين، ومن القيود في كلام الحالفين والمعترفين بحق من الحقوق على الصفة التي أقروا بها، وكما تعتبر القيود اللفظية فكذلك تعتبر القرائن ومقتضى الأحوال وما يحتف[1] بالكلام من الأسباب المهيجة، والغايات المقصودة»[2].

وقد جاءت القاعدة الفقهية مقررة أَنَّ المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد نَصّاً أَوْ دلالة[3].

فمن وَكَّل شخصاً في شراء سيارة، فاشتراها له حمراء، فقال الموكِّل: أردت بيضاء ــ لزم الموكل ما اشتراه له الوكيل؛ لأَنَّ كلامه مطلق، فيجري على إطلاقه.

---

(١) هذه اللفظة: «وما يحتف» في الأصل: «وما يحتفر»، والتَّصْحِيح يقتضيه السياق.

(٢) القواعد والأصول الجامعة ٧٢.

(٣) مجلة الأحكام العدلية (م٦٤)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٠٤.

ومن وكّل شخصاً في شراء سيارة حمراء، فاشترى له بيضاء ــ لم تلزم الموكّل إلاّ برضاه بها.

ولو تكرر من رجل الإقرار لآخر بألف في وقتين مختلفين، ولم يوجد ما يقتضي التَّعَدُّد، وقيّد أحدهما بأَنَّه قرض، فهما ألف واحد عن القرض؛ حملاً للمطلق على المقيد[1].

مقيدات المطلق في لفظ المكلف:

المطلق يجري تقييده باللفظ نَصّاً أَوْ بالدلالة، فيعمل في التقييد باللفظ نَصّاً أَوْ دلالة من قرائن حالية، أَوْ مقالية، أَوْ عرفية، وغيرها، وأبرز المقيدات ما يلي:

١ ــ النَّصّ الصادر من المكلف:

والمراد به: اللفظ الدال على القيد، كما لو قيده **بصفة:** كثوب هرري، **أَوْ حال:** كدخلت راكباً، **أَوْ إضافة:** كاشترِ لي فرس زيد، **أَوْ نهي:** كلا تَبِعْ سيارتي في سوق كذا، **أَوْ شرط:** كالبيع المعلق، كبعتك هذا الثوب إن رضي زيد[2]، **أَوْ الاستثناء** إذا كان متصلاً، ومنه

---

(١) شرح المنتهى ٣/٥٤٣، ٥٨٦، الكشاف ٦/٤٧٦، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٠٥، الوجيز للبورنو ١٩٥.

(٢) البيع المعلق مختلف فيه، واختار الجواز ابن تَيْمِيَّةَ [الروض المربع حاشية ابن قاسم ٤/٤٠٦].

ما يقع في الأقارير والعقود، كقولك: له عليَّ مائة ريال إلَّا عشرة أريل[١].

وقد يقيد المكلف ما أطلقه **بالسبب الموجب للحق** من بيع أَوْ قرض ونحوه؛ فمن قال: لزيد عليَّ ألف ريال، ثم قال مرة أخرى: له عليَّ ألف ريال عن قرض، حمل المطلق على المقيد[٢].

٢ ـ المعهود الشرعي:

والمراد به: ما عهد في الشرع الاعتداد به، مثل: أَنْ يوصي شخص لجميع أصناف أهل الزكاة، فيعطى كل واحد منهم من الوصية قدر ما يعطى من الزكاة؛ حملاً للمطلق من كلام الآدمي على المعهود الشرعي، ولا يجب التعميم ولا التسوية، ذكره جمع من الحنابلة، وقوَّى بعض الحنابلة أنَّ لكل واحد ثمناً.

وهكذا يحمل المطلق من كلام المكلف على المشروع، ويقيد به، فمن نذر أَنْ يحج أَوْ يعتمر وَجَبَ عليه أَنْ ينشىء ذلك من دويرة أهله ومكانه الذي نذر فيه[٣].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/١٢٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٦١، القواعد والأصول الجامعة ٧٢، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٠٥، ١٠٠٦، الوجيز للبورنو ١٩٥، ١٩٦.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٥٨٦، الكشاف ٦/ ٤٧٧.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٥٥٠، الكشاف ٦/ ٢٨٢.

٣ ـ العرف:

وقد سبق تعريفه[١].

فبالعرف يقيد المطلق، فمن وكّل آخر في بيع شيء فيتقيد ذلك بثمن المثل، وبنقد البلد؛ لاقتضاء العرف لذلك.

كما يتقيد في التأجيل والتعجيل للثمن بحسب العرف[٢].

ولذلك جاءت القاعدة الفقهية مقررة: أَنَّ التعيين بالعرف كالتعيين بالنَّصّ[٣]، وأَنَّ مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف[٤]، وأَنَّ مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف عليه بينهم[٥].

٤ ـ الغالب:

والمراد به: ما يكثر وقوعه من غير دلالة عرفية.

فإذا غلب أمر رُوعي في الأحكام، وقُيِّد به ما أطلق من كلام المكلف وتصرفاته.

---

(١) انظر ما سبق: الفقرة الخامسة من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثالث من الباب الأول.

(٢) قواعد الحصني ١/ ٣٦٣، الكشاف ٤/ ٦.

(٣) إعلام الموقعين ٢/ ٤١٤، الكشاف ٣/ ٣١١، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩، المجلة العدلية (م٤٥) وشرحها لحيدر ١/ ٤٦.

(٤) المبسوط ١١/ ١١٥.

(٥) رسم المفتي ٤٨، وأرجعه إلى جامع الفصولين، فقه إمام الحرمين (الجويني) للديب ٣٧٥، وأرجعه إلى نهاية المطلب في دراية المذهب، المغني ٧/ ٧٨.

فمن وكل رجلاً ليبيع سلعته وسكت عن تعيين الثمن كان ذلك مطلقاً، ويحمل على غالب نقد البلد إذا راج في البلد أكثر من عملة نقدية[1].

وهكذا من باع سلعة بدنانير مبينة العدد لكنها مطلقة من التعيين والوصف، وفي البلد دنانير مختلفة حُمِل على أغلبها رواجاً، وانصرف إليه الإطلاق، وقُيِّد به[2].

٥ ـ الحال:

والمراد به: ما يحف بالكلام من قرائن حالية أَوْ مقالية تبين المراد منه.

للحالة دلالة المقالة[3] إطلاقاً وتقييداً، فكما يجري التقييد باللفظ الصادر من المكلف يجري التقييد بدلالة حال الشخص الآمر أَوْ المأمور، أَوْ سوابق اللفظ ولواحقه، فإذا دَلَّ الحال على التقييد أُخِذ به، فلو وكّل طالب علم رجلاً ليشتري له كتباً، فاشترى له كتباً في الطب، فلا تلزم الموكّل؛ لأَنَّ دلالة الحال تقتضي أَنْ يشتري له كتباً تناسب تخصصه.

---

(١) المنثور ٣/ ١٧٨.

(٢) الكشاف ٣/ ١٧٤، ٦/ ٤٧١.

(٣) أصول الحنفية للكرخي ١٦٣.

ومن وكل شخصاً ليشتري له أضحية، فاشتراها له بعد مضي أوقات الذبح فلا تلزمه؛ لأَنَّ دلالة الحال تقتضي أَنْ يشتريها قبل انتهاء أيام الذبح ليضحي بها[1].

❑ ❑ ❑

---

(١) القواعد والأصول الجامعة ٧٢، المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٦/٢، الوجيز للبورنو ١٩٦.

المطلب السابع

دلالة المفهوم في لفظ المكلف

المراد بالمفهوم في لفظ المكلف:

المفهوم هو المعنى المستفاد من اللفظ مع السكوت عنه، ولزوم ذلك المعنى للفظ[1].

أقسام المفهوم في لفظ المكلف:

وهو ينقسم قسمين، هما[2]:

١ ـ مفهوم الموافقة:

والمراد به: فهم الحكم في المسكوت من المنطوق بدلالة سياق الكلام ومقصوده.

---

(١) انظر ما سبق في المطلب الأول من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) انظر ما سبق في المطلب الثالث من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

ومنه ما كان المسكوت عنه **أولى** بالحكم من المنطوق، ومنه ماكان المسكوت عنه **مساوياً** للمنطوق في الحكم.

٢ ــ ومفهوم المخالفة:

والمراد به: أَنْ يكون المسكوت عنه مخالفاً لحكم المنطوق.

فمن وكّل شخصاً في شراء سيارة بيضاء، فمفهوم المخالفة من صفة البياض أَلاَّ تكون لوناً آخر.

ومن أقسام مفهوم المخالفة: مفهوم الصفة، ومفهوم التقسيم، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد، ومفهوم اللقب.

حجية المفهوم في لفظ المكلف:

ونبين حجية مفهوم **المخالفة** في لفظ المكلف، ثم نتبعه ببيان حجية مفهوم **الموافقة** عنده فيما يلي:

أولاً: حجية مفهوم المخالفة في لفظ المكلف:

مفهوم المخالفة في **لفظ المكلف** غير محتج به إذا دَلَّ دليل من قرينة وغيرها على تخصيص المنطوق بالذكر؛ لكونه مختصاً بالحكم، وما عدا ذلك فقد اختلف الفقهاء في حجية مفهوم المخالفة في كلام الآدميين على **قولين**، وبيان ذلك على النحو التالي:

القول الأول: أَنَّ مفهوم المخالفة في كلام المكلفين **غير حجة**.

وهذا القول هو ظاهر المذهب عند الحنفية[1]، وهو المحكيُّ عن القاضي حسين (ت: ٤٦٢هـ) من الشافعية، ومال إليه السبكي (ت: ٧٥٦هـ) منهم[2].

وعلل الحنفية ذلك: بأَنَّ المفهوم لا يعمل به في الأدلة الشرعية، فكذا في كلام المكلفين[3].

القول الثاني: أَنَّ مفهوم المخالفة في كلام المكلفين حجة.

وبذلك قال جمع من الحنفية، منهم محمد (ت: ١٨٩هـ) في السير الكبير، والسرخسي (ت: ٤٩٠هـ) في السير الكبير، والخصاف (ت: ٢٦١هـ)، قال ابن نحيم (ت: ٩٧٠هـ): «وعليه العمل»[4].

وبه قال جمع من الشافعية، قال ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ): «وهو قول الأئمة والأَصْحَاب»[5] يعني: من الشافعية.

---

(١) رسم المفتي ٤٢، أشباه ابن نجيم ٢٢٢، وقد أطلق الحنفية عدم حجية المفهوم مما يشمل مفهوم الموافقة والمخالفة، لكن ما مثلوا به من مفهوم الشرط والصفة يصرف كلامهم على مفهوم المخالفة.

(٢) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٢، ٢١٣.

(٣) رسم المفتي ٤٢، أشباه ابن نجيم ٢٢٢.

تنبيه: عدم العمل بمفهوم المخالفة في الأدلة الشرعية هو مذهب الحنفية كما مَرَّ، أَمَّا الجمهور فمفهوم المخالفة في الأدلة الشرعية حجة عندهم. [انظر: ما سبق في المطلب الثالث من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول].

(٤) رسم المفتي ٤٢، ٤٣، أشباه ابن نجيم ٢٢٢.

(٥) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٢، ٢١٣.

وعلل الحنفية ذلك: بأَنَّ المتعارف عليه العملُ بالمفهوم عند المكلفين، والثابت بالعرف كالثابت بالنَّصّ، والمعروف كالمشروط[1].

وقال ابن حجر عن القول الأول: إنَّه مهجور، وعمل الناس على خلافه[2].

والذي أرجحه: هو القول الثاني؛ لقوة ما علل به قائلوه.

فيعمل بمفهوم المخالفة في كلام المكلف على أنَّه إذا قامت قرينة حالية، أَوْ مقالية، أَوْ عرفية تعارض مفهوم المخالفة، وتوجب إهماله أُخِذ بها.

ثانياً: حجية مفهوم الموافقة في لفظ المكلف:

أَمَّا مفهوم الموافقة في كلام المكلفين فلم أقف على من ذكره من العلماء.

والذي يظهر لي: أَنَّه بقسميه الأولوي والمساوي[3] ليس حجة؛ لأَنَّه من باب القياس، وهو ممتنع في كلام المكلفين في العقود والالتزامات ونحوها؛ إذ إنَّه يؤدي إلى إلزام المكلف بما لم

---

(١) رسم المفتي ٤٣.

(٢) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٢.

(٣) انظر أقسام مفهوم الموافقة في: المطلب الثالث من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

يلتزمه، والأصل عدم تعدية كلام المكلف على ما زاد على لفظه إلاَّ بدليل يَدُلُّ على ذلك.

لكن متى أفاد مفهوم الموافقة ظنًّا غالباً عهد من المكلف الالتفات إلى مثله بدلائل حالية، أَوْ عرفية، أَوْ دلالة السياق، وكان خالياً من معارض راجح أُخِذ به[1].



(١) في إعمال القرائن في الدلالات اللفظية عند المكلف انظر: قواعد الأحكام ٢/١٢٦، أحكام أهل الذمة ١/٣٠٧، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ٧٢.



المطلب الثامن

دلالة الاقتضاء والإشارة والإيماء في لفظ المكلف

وقد سبق بيان أَنَّها من أقسام المنطوق غير الصريح.

المراد بهذه الدلالات:

سبق أَنَّ **دلالة الاقتضاء**: هي أَنْ يتضمن الكلام إضماراً ضرورياً لا يستقيم الكلام إلاَّ بتقديره.

وموجباته: تَوَقُّف الصدق عليه، أَوْ تَوَقُّف الصِّحَّة عليه شرعاً أَوْ عقلاً.

كما سبق أَنَّ **دلالة الإشارة**: هي أَنْ يدُلَّ اللفظ على معنى ليس مقصوداً باللفظ في أصل الوضع، لكنه لازم للمقصود[1].

كما سبق أَنَّ **دلالة الإيماء أَوْ التنبيه**: هي أَنْ يقترن بالحكم وصف لو لم يكن هذا الوصف تعليلاً لكان ذكره في الكلام حشواً لا فائدة منه[2].

---

(١) انظر ما سبق في: المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) انظر: الإحالة السابقة نفسها.

حكم إعمال هذه الدلالات في لفظ المكلف:

قد سبق بيان حكم هذه الدلالات في النُّصُوص الشرعية.

والمطلوب هنا بيان حكم إعمال هذه الدلالات ـ الاقتضاء، والإشارة، والإيماء ـ في كلام المكلفين من إقرار، وتعاقد، ونحوهما.

فنقول: إنَّ هذه الدلالات هي دلالات التزامية للكلام، ولفظ المكلف قد وضع للدلالة على إرادته بالتزاماته العقدية ونحوها التي اتجه إليها قصده عند صدور الكلام منه، ولذا وجب عند تفسير دلالة كلامه أَنْ يلحظ هذا الأمر.

وغاية البحث في الألفاظ ودلالاتها صريحةً أَوْ التزاميةً: **هو الكشف عن إرادة المكلف** لما صدر منه من إقرار، أَوْ تصرف، أَوْ معاقدة، يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ) ـ بعد أَنْ بين أَنَّ الألفاظ لم ترد لذواتها، ولا تُعُبِّدْنا بها، وإنَّما هي وسائل إلى المعاني، وأَنَّ الحقائق لا تتغير بتغير اللفظ، وأَنَّ الاستنباط هو استخراج الأمر الذي من شأنه أَنْ يخفي على غير مستنبطه ـ ، يقول: «وإنَّما هذا ـ يعني الاستنباط ـ فهم لوازم المعنى ونظائره، ومراد المتكلم بكلامه، ومعرفة حدود كلامه بحيث لا يدخل فيها غير المراد، ولا يخرج منها شيء من المراد»[1].

---

(١) إعلام الموقعين ١/ ٢٢٥.

وقال في موضع آخر: «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وَجَبَ اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنَّما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأيِّ طريق كان عُمِل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أَوْ كتابة، أَوْ إيماءة، أَوْ دلالة عقلية، أَوْ قرينة حالية، أَوْ عادة له مطردة لا يخل بها»[1].

فقد ضبط ابن القَيِّم فيما ذكره سابقاً اعتبار تفسير الكلام بأَنَّه: ما أظهر مراد المكلف وأوضحه بأيّ طريق كان، وعدَّ من الدلالات الالتزامية دلالةَ الإيماء.

وصرح بعض المعاصرين: بأَنَّه يعمل بدلالة الاقتضاء في كلام المكلفين؛ لأَنَّ الأصل صيانة كلام العاقل عن اللغو، ولأَنَّ إعمال الكلام خير من إهماله[2].

وهذا هو ظاهر صنيع الأصوليين، فقد مَثَّلوا لدلالة الاقتضاء التي أوجبها تَوَقُّف صِحَّة الكلام على الدلالة عقلاً بأمر شخص لغيره بقوله: اصعد السطح، فهذا يقضي بالضرورة نصب السُّلَّم.

كما مَثَّلوا لدلالة الاقتضاء التي أوجبها تَوَقُّف صِحَّة الكلام عليها بقول شخص لآخر: اعتق عبدك عني على خمسمائة درهم، فيقدر إذا أعتقه بيع ضمني؛ لأَنَّ ذلك يقتضي ضرورة دخول العبد في

---

(١) إعلام الموقعين ١/١١٨، وانظر في المعنى نفسه: أحكام أهل الذمة ١/٣٠٨.

(٢) المناهج الأصولية للدريني ٣٥٠، والقاعدة الكلية للهرموش ٣٥٦، ٣٥٧.

ملك القائل قبل عتقه بزمن ما؛ ليكون عتقه متفرعاً على ملكه[1].

ولم أقف على غير ذلك في بيان حجية الدلالات المذكورة في كلام المكلفين.

والذي يظهر لي: أَنَّ دلالة الاقتضاء، والإشارة، والإيماء تُعْمَل أَوْ تُهْمَل بحسب القرائن التي تحتف بها، فتوجب إعمالها أَوْ إهمالها، سواء كانت القرائن عرفية، أَمْ حالية، أَمْ مقالية من سياق ونحوه، أَمْ بينات قضائية، أَمْ مرجحات أوّلية من أصل أَوْ ظاهر[2]، وإذا جرى إعمالها للقرائن المقتضية لذلك، واقتضى الأمر تقوية الدلالة باليمين وأمكن فَعَلَه القاضي، وذلك كما في التحليف عند تفسير الكناية في القذف[3].

على أَنَّه يجب أَنْ يلحظ عند تفسير الكلام باقتضائه ما فيه من إجمال أَوْ اشتراك، فيسلك في تفسيره الأصول والأحكام المقررة في تفسير المجمل، وقد سبق بيان ذلك[4].

أَمَّا إذا خلت هذه الدلالات من القرائن الموجبة أَوْ النافية لها

---

(١) شرح مختصر الروضة ٢/ ٧١٠، ٧٢٠، شرح الكوكب المنير ٤٥٧.

(٢) في أعمال القرائن في الدلالات اللفظية عند المكلف انظر: قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦، أحكام أهل الذمة ١/ ٣٠٧، الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر ٣/ ٢٣٣، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ٧٢.

(٣) انظر في التحليف بكناية القذف إذا فسرها بغير القذف [الكشاف ٦/ ١١٢].

(٤) انظر: المطلب الرابع من المبحث الثاني من الفصل الخامس من الباب الأول.

فيُعْمَل بدلالة الاقتضاء؛ لقوتها؛ لأَنَّ الدلالة مقصودة للمتكلم في أصل الوضع[1].

ولا يعمل بدلالة الإشارة؛ لأَنَّها غير مقصودة باللفظ في أصل الوضع[2]، واللازم قد لا يقصده المكلف عند كلامه فلا يلزمه، وليس هناك ضرورة تقتضيه في أصل الوضع، كدلالة الاقتضاء.

كما لا يُعْمَل بدلالة الإيماء؛ لأَنَّها تعود إلى إثبات العلة في باب القياس[3]، وهو ممتنع في كلام المكلف فيما يَدُلُّ على إرادته في التعاقد ونحوه، ولا تؤمن نتيجته بإلزام المكلف بما لم يلتزمه.

قال العلماء: إذا كان الحكم معللاً بعلة فلا يتكرر بتكرارها في تصرفات المكلفين[4]؛ وما ذلك إلَّا لمنع القياس في تصرفات المكلفين.



(١) انظر التعليل في: قواعد الحصني ٣/ ٢٠٦، شرح الكوكب المنير ٣/ ٤٧٤.

(٢) انظر التعليل في: شرح الكوكب المنير ٣/ ٤٧٤.

(٣) في كون الإيماء من مسالك القياس انظر: شرح الكوكب المنير ٣/ ٤٧٨، ٤/ ١٢٥.

(٤) قواعد الحصني ٣/ ٣٢.

المطلب التاسع

دلالة التعريض في لفظ المكلف

الكلام، منه الواضح (صريح، وظاهر)، ومنه المجمل كالكناية[1]، ومنه التعريض[2].

المراد بالتعريض في لفظ المكلف:

التعريض في اللغة: ضد التصريح، فيقال: عرَّض لفلان، وبفلان: إذا قال قولاً وهو يعنيه[3]، وذلك كأَنْ يقول رجل لآخر: ما أقبح البخل! تعريض بالمخاطب بأَنَّه بخيل[4].

ولا يخرج المراد به هنا عن المعنى اللغوي.

حجية دلالات التعريض في لفظ المكلف:

معرض الكلام لا دلالة فيه ظاهرة على قصد المكلف وإرادته، **فلا يكون حجة على المكلف** إلاَّ إذا اقترن به ما يفسر الإرادة ويوضح

---

(١) انظر: المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) أشباه السيوطي ٢٩٣.

(٣) مختار الصحاح ٤٢٥.

(٤) أنيس الفقهاء ١٥٧، معجم لغة الفقهاء ١٣٥.

المعنى المراد من قرائن لفظية كالسياق، أَوْ عرفية، أَوْ حالية، فيحتج به، ولذلك قال الفقهاء: إنَّ على الخصم أَنْ يفصح في كلامه، ويبين دعواه وإجابته حتى يفهم كلامه، ولا يعتد بلحن خطابه[1]، ومعرض كلامه، فإذا أبهم كلامه لزمه تفسيره وبيانه بما يرفع الإشكال، وإلاَّ لم يعتد به[2].

قال ابن سهل (ت: ٤٨٦هـ): «إذا نقص المدعي من دعواه ما فيه بيان مطلبه أَمَرَه بتمامه، وإن أتى بإشكال أَمَرَه ببيانه، فإذا صَحَّت الدعوى سَأَل الحاكم المطلوب عنها... وإن أبهم جوابه أمره بتفسيره حتى يرتفع الإشكال عنه»[3].

ويقول عياض (ت: ٥٤٤هـ) ـ وهو يبين المراد بفهم القاضي عن الخصمين ـ: «... تحققه ما سمع منهما دون احتمال، لا أنَّه فهم من معرض كلامهما، ولحن خطابهما، ليس هذا مما تقام الأحكام به»[4].

فلا يبنى الفهم السليم على معرض الكلام، ولحن الخطاب.

نَعَمْ، ما يفهمه القاضي من معرض كلام الخصم ولحن خطابه

---

(١) يقال: لَحَنَ له: قَالَ له قولاً يفهمه عنه ويخفى على غيره [مختار الصحاح ٥٩٤]، وهو بهذا في معنى التعريض.

(٢) البهجة ١/ ٧٣، تبصرة الحكام ١/ ٤٣.

(٣) الأحكام الكبرى ١/ ٣٦، وانظر: تبصرة الحكام ١/ ١٤٩.

(٤) نقلاً عن البهجة ١/ ٧٣، ٧٤.

ـ مما يوجب الحق عليه لا له ـ يستدعي من القاضي التثبت وزيادة الكشف، حتى يتحقق للقاضي مايثبت ذلك أَوْ ينفيه، أَمَّا الركون إلى ذلك مجرداً فغير سائغ.

فالتعريض المعتدّ به في الدلالة هو: ما دَلَّ على المعنى المراد بقرينة ظاهرة[1].

ومن أمثلة ما اعتُدَّ فيه بالتعريض للقرينة الملابسة له: من دفع ثوبه لخياط ليخيطه، ولم يكن منتصباً لهذا العمل، ولم تجر عادته بأخذ الأجرة، فإِنَّه لا يستحق أجرة إلَّا بشرط، لكن لو عَرَّض صاحب الثوب للخياط بدفع الأجرة لزمته أجرة المثل، وذلك كقوله له: خذه وأنا أعلم أَنَّك مُتَعَيِّش، أَوْ أنا أُرْضِيك، ونحوه مما يَدُلُّ على التزامه إعطاء الأجرة[2].



(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٧٠٢.

(٢) الكشاف ٣/ ٥٥٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٥٥.



المطلب العاشر

تفسير الكتابة الصادرة من المكلف

المراد بالكتابة:

هي الخط المرسوم على الوجه المعتاد؛ للدلالة على القصد والإرادة.

حجية العمل بالكتابة وشروطه:

الكتابة تَدُلُّ على القصد والإرادة كدلالة اللفظ؛ ولذلك قال العلماء: الكتاب كالخطاب[1].

ويجوز الإقرار والتصرف بالكتابة، فللإنسان أَنْ يقر بدين لآخر بواسطة الكتابة، وأَنْ يطلّق بواسطة الكتابة، وأَنْ يعاقد رجلاً آخر في بلد آخر بيعاً ونحوه بالكتابة.

وهكذا إذا كان الرجل أخرسَ كانت الكتابة وسيلة له في الدلالة على الإرادة والقصد في التعاقد وكافة التصرفات؛ لأَنَّها له كالنطق من

(١) أشباه ابن نجيم ٣٣٩، مجلة الأحكام العدلية (م٦٩)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٠٠.

كل وجه[1].

ويشترط في العمل بالكتابة: أَنْ تكون مستبينة، ومرسومة على الوجه المعتاد، مأمونة من التـزوير، قد ثبتت نسبتها للكاتب.

ومعنى **كونها مستبينة**: أَنْ تكتب على شيء تثبت عليه وتظهر فيه، فلا تعتبر الكتابة في الهواء، أَوْ على سطح الماء.

ومعنى **كونها مرسومة على الوجه المعتاد**: أَنْ يسلك كاتبها الطريقة المعتادة بين الناس في كتاباتهم، ومن ذلك في وقتنا الحاضر توقيعُها[2].

ومعنى **الأمن فيها من التزوير**: أَنْ تحصل الثقة بنسبتها إلى الكاتب من غير تغير يخل بالثقة فيها ونسبتِها للكاتب.

طرق تفسير الكتابة:

طرق تفسير الكتابة هي نفسها طرق تفسـير اللفظ في كل حق عددنا الكتابة فيه وسيلة للدلالة على الإرادة، فالقلم أحد اللسانين، وحُسْنُه أحد البيانين.



(١) الكشـاف ٣/١٤٨، الـروض المـربـع ٦/ ٥٠٢، شـرح قـواعـد المجلـة ١٨٥، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٣٢٨، درر الحكام لحيدر ١/ ٦١، العمل بالخط والكتابة ١٦، ٢٣، ٢٥، ٣١، ٧٣.

(٢) الكشاف ٥/٢٤٩، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٢٦، وسائل الإثبات للزحيلي ٣٠٥.

المبحث الثاني

تفسير فعل المكلف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المراد بفعل المكلف ودلالته.

المطلب الثاني: أصول تفسير فعل المكلف في دلالته على الإرادة.



المطلب الأول

المراد بفعل المكلف ودلالته

المراد بفعل المكلف:

الفِعْلُ في اللغة ـ بكسر الفاء ـ : اسم، وهو مفرد جمعه: فِعَال، ولجمع القلة يقال: أفعال، والفعل منه (فَعَلَ): يَدُلُّ على إحداث شيء من عمل وغيره[1].

والمراد به هنا: عمل المكلف في مقام الدلالة على الإرادة والعزم.

فهناك أعمال تصدر عن المكلف في مجال الدلالة على الإرادة، فيكون بعضها مهدراً، وهو الأصل، ويكون بعضها معتدًّاً به في الدلالة على العزم والإرادة، كالمعاطاة في البيع والإجارة، ونحوهما.

---

(١) مقاييس اللغة ٤/ ٥١١، مختار الصحاح ٥٠٧، المصباح المنير ٢/ ٤٧٨، لسان العرب ١١/ ٥٢٨، أوضح المسالك ٤/ ٢٧٨.

دلالة فعل المكلف:

الأصل في الدلالة على الإرادة وبيانها هو اللفظ، فهو الطريق الفطري الذي يستعمله الناس في إظهار مكنوناتهم، وإبرازِ إراداتهم[1]، غير أَنَّ الناس قد اتخذوا وسائل أخرى يصيرون إليها للدلالة على إراداتهم كالكتابة التي لها حكم اللفظ وقد سبقت، وكالفعل للدلالة على أمر من عقد ونحوه، كالمعاطاة في البيع والإجارة ونحوهما، وفي حكم الفعل في الهيئة: الإشارة كما سيأتي، وكالسكوت الذي يَدُلُّ على الإرادة في بعض الصور، وسيأتي.

فما أثر الفعل في الدلالة على الإرادة؟

إنَّ الأصل في الفعل عدم الدلالة على القصد والإرادة؛ لأَنَّه لم يُجْعَل لذلك، ولكن إذا لابسته قرينة تَدُلُّ على الاعتداد به في الدلالة على القصد والإرادة عُمِلَ بها، وصار دالاً على القصد والإرادة، سواء كان الفعل وسيلة عرفية للدلالة على الإرادة، أَمْ اقتضى الحال إعماله في الدلالة على ذلك، أَمْ كان في ترك إعماله تغرير أَوْ ضرر، ومن القواعد المقررة: أَنَّ البيان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة[2].

---

(١) السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ١٥١، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٢٣٠.

(٢) انظر هذه القاعدة في: أصول الحنفية للكرخي ١٦٣، القواعد المستخلصة من التحرير ٤٨٣، الكشاف ٥/ ٢٥١، منار السبيل ٢/ ٢٤١، ٣٧٦.

وذلك مثل: بيع المعاطاة؛ لاقتضاء العرف لها، وإظهار صفة في المبيع؛ فإنَّه بمثابة اشتراطها دفعاً للتغرير[1]، ووطء المطلقة الرجعية؛ فإنَّه رجعة ولو لم يَنْوِ به الرجعة؛ لدلالة الحال الظاهرة على ذلك، فهو كالصريح كما ذكره الحنابلة[2]، وكتحويل الرجل وجهه عن زوجته في الفراش من غير مسوغ؛ فإنَّه إضرار بها كما ذكره المالكية[3].

على أَنَّ من الأفعال ما يكون واضحاً في الدلالة، كالمعاطاة في البيع ونحوه، ومنها ما يحتمل أكثر من معنى على التساوي، فيطلب مرجح لأحد المعنين على الآخر[4]، وذلك كمن عليه دينان لشخص واحد؛ أحدهما برهن والآخر بدونه، فسلّم لرب الحق مقدار أحدهما، فالقول في حمله وتفسيره على أيٍّ من الدينين يرجع للمُسلِّم؛ لأَنَّ فعل المُسلِّم يحتملهما فيرجع إليه في التعيين فيما نواه[5].

❑ ❑ ❑

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٩، الكشاف ٣/ ١٤٨، ٢١٣.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ١٤٨، الكشاف ٥/ ٣٤٣.

(٣) مواهب الجليل ٤/ ١٧، شرح الزرقاني ٤/ ٦٢.

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ٢٤٤، السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ١٥١، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٢٣٠.

(٥) شرح المنتهى ٢/ ٢٣٧، الكشاف ٣/ ٣٧٢، ٤/ ٢٩٨.

المطلب الثاني

أصول تفسير فعل المكلف في دلالته على الإرادة

للفعل الدال على الإرادة أصول يرجع إليها في تفسيره، وبيانها كما يلي:

١ ــ الشرع:

فإذا كان ثَمَّ فعل، ودَلَّ الشرع على الاعتداد بدلالته على القصد والإرادة وَجَبَ إعماله.

مثال ذلك: إظهار الصفات في المبيع؛ فقد جعله النبي ﷺ بمثابة اشتراطها؛ تنزيلاً للدلالة بالفعل منزلة المقالة، ودفعاً للتغرير عن المشتري، فعن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ عن النبي ﷺ أَنَّه قال: «**لا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بَعْدُ فإنَّه بخير النظرين بعد أَنْ يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعَ تمر**»[١].

---

(١) متفق عليه، فقد رواه البخاري واللفظ له (الفتح ٤/ ٣٦١)، وهو برقم ٢١٤٨، كما رواه مسلم ٣/ ١١٥٨، وهو برقم ١٥٢٤.

فمن أظهر صفة مطلوبة في المبيع وهي ليست فيه فكأنَّه اشترطها لفظاً، فيكون البائع مدلّساً، ويثبت للمشتري الخيار[1].

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «وجعل ـ يعني النبي ﷺ ـ إظهار الصفات في المبيع بمنزلة اشتراطها باللفظ، مثل المصرّاة ونحوها من المدلّسات»[2].

ومن ذلك: إذا كان في الفعل ضرر؛ لأَنَّ النبي ﷺ نهى عن الضرر؛ فعن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[3]، فمن حوّل وجهه عن زوجته في الفراش كان دليلاً على إرادته الإضرار بها ـ كما ذكره المالكية ـ، ولها طلب فراقه[4].

---

(١) فتح الباري ٤/ ٣٦٣، الكشاف ٣/ ٢١٣، الروض المربع ٤/ ٤٣٧، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٧٢.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٩.

(٣) رواه ابن ماجة (٢/ ٤٤)، وهو برقم ٢٣٦٢، ٢٣٦٣، والدارقطني في سننه ٢/ ٥٦، وهو برقم ٣٠٦٠، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٧٠، ١٥٧، ١٠/ ٣٣٣، والإمام مالك في الموطأ مرسلاً ٢/ ٤٥٢، وهو برقم ٢٨٦٠، وحسنه النووي في الأربعين ١٣٢، وقال: له طرق يقوي بعضها بعضاً.

(٤) مواهب الجليل ٤/ ١٧، شرح الزرقاني ٤/ ٦٢.

٢ ـ العرف:

وقد سبق تعريفه[١].

فالأفعال المستقرة عرفاً كالأقوال، فإنَّ عَمَلَ الناس وأفعالهم التي تتعلق بالمعاملات والدلالة على الإرادة إذا استقرت وصارت عرفاً لا يخالف الشرع صار لها قوة في الدلالة كدلالة اللفظ، كالمعاطاة في البيع، والهبة، والوكالة، والإعارة، والإباحة؛ فإنَّها تنعقد بما يَدُلُّ عليها من الأفعال[٢].

وهكذا من جهز ابنته أَوْ أخته بجهاز إلى بيت زوجها كان ذلك تمليكاً لها[٣].

ومما يلحق بذلك الأعراف العملية التي تواضع الناس عليها مما لا يخالف الشرع، فإنَّ لها قوة في الدلالة كدلالة اللفظ الصادر من المكلف في تقييد المطلق، وتخصيص العام، وتفسير المجمل، وصرف الظاهر.

فمن باع سيارة تبعها في ذلك ما معها من عُدَّتها وعَجَلِها الاحتياطي ولو لم يشترطه المشتري؛ إقامةً للعرف العملي مقام

---

(١) انظر: الفقرة الخامسة من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثالث من الباب الأول.

(٢) الكشاف ٣/ ١٤٨، شرح المنتهى ٣/ ١٤١، ٣٩٢، ٥١٨، ٥١٩، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٠.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٥١٩، الكشاف ٣/ ١٤٩، ٤/ ٢٩٨.

الشرط، ومن استأجر سيارة لحمل متاع فإنَّما يحمل عليها النوع والقدر المعتاد مما لا ضرر منه عليها ولو لم يشترط ذلك المؤجر؛ إقامةً للعرف العملي مقام صريح اللفظ في تقييد ما أطلق.

وقد تتابعت عدد من القواعد الفقهية على تقرير هذا المعنى منها: «**استعمالُ الناس حجةٌ يجب العملُ به**»، و «**المعروفُ عُرْفاً كالمشروط شَرْطَاً**»، و «**التعيينُ بالعُرْفِ كالتعيينِ بالنَّصّ**»، و «**المعروفُ بين التُّجّار كالمشروط بينهم**»[1]، لكن المستقر عرفاً إذا صرح المتعاقدان بخلافه صَحَّ ولزم الأمر المصرح به[2].

ودلالة الفعل العرفية إذا لم تكن معروفة للقاضي والمفتي رُجِعَ فيها إلى أهل الخبرة بالعرف في الشأن الذي يراد تفسير الفعل في مقامه؛ لأَنَّ أهل الخبرة بالعرف في كل اختصاص أدرى بتفسيره، وإظهاره، وكشفه، وبيانه.

وقد ذكر الفقهاء أَنَّ الراعي لو فعل فعلاً، وتصادق الطرفان على حدوثه، لكن اختلفا في كونه تعدياً ـ فإنَّه يرجع إلى أهل الخبرة في بيان كون هذا الفعل تعدياً أَوْ لا؛ لأَنَّهم أدرى به، وأقدر على إظهاره، وكشفه، وبيانه[3].

---

(١) المنثور ٢/ ٣٦١، ٣٧٧، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٨٤٢، ٨٥٨ ـ ٩٩٩ ـ ١٠٠١ الوجيز للبورنو ١٧٩ ـ ١٨٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٨٦، الكشاف ٣/ ٤٧٦.

(٣) الكشاف ٤/ ٣٦، شرح المنتهى ٢/ ٣٧٧.

٣ ــ دلالة الحال:

والمراد به: القرائن الحالية التي تحفّ بالفعل، فترجح جانب إعماله ودلالته على الإرادة على جانب إهماله.

وذلك إقامة لدلالة الفعل مقام دلالة اللفظ، فللحالة من الدلالة كما للمقالة.

ومن ذلك: مشتري السلعة إذا ظهر بها عيب، فله الخيار على التراخي، لكن إذا تصرف فيها ببيع، أَوْ إجارة، أَوْ إعارة ونحوها، أَوْ استعمل السلعة لغير تجربة عالماً بالعيب ــ سقط خياره في الرد؛ لأَنَّ ذلك دليل على الرضا به، والحال تفسر الأفعال كما تفسر الأقوال.

وهكذا من تزوج امرأة فصارت معيبة، أَوْ هو معيب بعيب موجب للخيار فله أَوْ لها الخيار متراخياً، لكن إذا وجد ما يَدُلُّ على رضاه من وطء من الزوج، أَوْ تمكين من الزوجة مع العلم بالعيب سقط خياره في الفسخ[١].

وهذا فيه ــ أيضاً ــ : أَنَّ دلالة الشيء في الأمور الباطنة تقوم مقامه؛ فإنَّ الرضا بالعيب مكانه القلب، فوطء الزوج، أَوْ تمكين الزوجة مع العلم بالعيب دالٌّ على الرضا بالعيب[٢]، وهكذا الرضا بعيب المبيع على ما سلف ذكره.

---

(١) أصول الحنفية للكرخي ١٦٣، الكشاف ٣/ ٢٢٣، ٥/ ١١٢، شرح المنتهى ٢/ ١٧٩، ٣/ ٥٢، منار السبيل ٢/ ٢٤١.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٨١.

فالشرع يرتب أحكاماً على أمور باطنة يعسر أَوْ يتعذر الوقوف والاطلاع عليها، فجعل دليل تلك الأمور الباطنة ما ظهر منها؛ طلباً لانضباط أحكامها، فإذا ثبتت تلك الأمارات والعلامات الظاهرة من الأفعال دلَّتْ على الإرادة، وأثبت الحكم لذلك الأمر الباطن.

ومن أمثلته منضافة إلى ما سلف: وجوب القصاص في القتل العمد العدوان، فلما كانت العمدية صفة قائمة بالقلب رَتَّبَ الشرع الحكم على الفعل بالآلة المستعملة في القتل، فإن كانت الإصابة بها تؤدي إلى الموت غالباً كان فاعل ذلك عامداً[1].



(١) مجلة الأحكام العدلية (م ٦٨) وشرحها لحيدر ١/ ٦٠، الكشاف ٣/ ٢٢٤، القواعد الفقهية للندوى ٣٧٠، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٨١.

المبحث الثالث

تفسير إشارة المكلف

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : المراد بإشارة المكلف ودلالتها .

المطلب الثاني : شروط العمل بإشارة المكلف .

المطلب الأول

المراد بإشارة المكلف ودلالتها

المراد بإشارة المكلف:

هي هيئة فعلية معهودة مفهومة تصدر من المكلف للدلالة على إرادته وقصده.

دلالة إشارة المكلف:

إذا تعذر على الإنسان البيان بلسانه لِخَرِسٍ فإنَّ الإشارة المعهودة منه تقوم مقام بيانه ولفظه باللسان، سواء أكانت الإشارة باليد أَمْ العين أَمْ الحاجب، وسواء أكان ذلك في البيع، أَمْ الهبة، أَمْ النكاح، أَمْ الطلاق، أَمْ الإقرار، أَمْ الإنكار، أَمْ الحلف، أَمْ النكول، أَمْ غيرها مما يستدعي بيانه وإيضاحه، وقد جاءت القاعدة الفقهية مقررة: أَنَّ الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.

وإنَّما كانت الإشارة للأخرس كلفظه لضرورة بيان إرادته عند تعامله؛ لأَنَّه محتاج للتعامل مع الآخرين، ويتعذر بيانه إلَّا بها[1].

---

(١) المنثور ١/ ١٦٤، أشباه السيوطي ٣١٢، الكشاف ٣/ ٢٠١، ٥/ ٣٩، ٦/ ٤٥٣، =

وقد قرر العلماء: أَنَّه يثبت القصاص على الأخرس إذا أقر بموجبه بالإشارة[1].

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى صِحَّة إقرار الأخرس بالإشارة بما يوجب الحد عليه؛ لأَنَّه كما يؤاخذ بإقراره بالإشارة في غير الحدود فكذلك يؤاخذ في الحدود.

وخالف في ذلك الحنفية فقالوا: لا يُحَدُّ الأخرس عند إقراره بالإشارة؛ لأَنَّه يتطرق إليها الاحتمال في المراد، والحدود تُدْرَأ بالشبهات[2]، وكلام الخرقي (ت: ٣٣٤هـ) من الحنابلة يحتمل ذلك[3].



= شرح المنتهى ٢/١٦٨، مجلة الأحكام العدلية (م٧٠) وشرحها لحيدر ١/ ٦٢، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٢٨، شرح قواعد المجلة للزرقاء ٢٨٧.

(١) أشباه ابن نجيم ٣٤٣، جواهر الإكليل ٢/ ١٣٢، مغني المحتاج ٢/ ٢٤٤، الكشاف ٦/ ٤٥٣، الإشارة للطريقي ٥٩.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٤٩، جواهر الأكليل ٢/٣٤٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٤٤، الشرح الكبير لابن قدامة ١٠/ ١٩٣، الإشارة للطريقي ٥٤.

(٣) الشرح الكبير ١٠/١٩٣.

المطلب الثاني

شروط العمل بإشارة المكلف

يشترط للعمل بالإشارة ما يلي:

١ ـ أَنْ تكون الإشارة معهودة مفهومة، فإن عَرَفَها القاضي، وإلاَّ ترجم إشارة الأخرس من يعرفها من أقربائه وجيرانه، ومعارفه، أَوْ المتخصصين بهذا الفن[١]، أَمَّا إذا لم تعرف له إشارة ولا عبارة فهو في حكم المجنون يقوم وليه مقامه[٢].

ويتضح مما سلف أَنَّ دلالات الإشارة من الأخرس اصطلاحية، فهو يصطلح على إشارات معينة يتعامل بها مع الناس عامة أَوْ مع معارفه من جيران وأصدقاء وأقارب خاصة، وقد تقدمت الأبحاث والدراسات التعليمية، وصار للخَرَس إشارات اصطلاحية تعمهم، يتفاهمون بواسطتها مع أمثالهم ومع غيرهم، وعلى كلٍّ فإنَّه لا يعمل بإشارة الأخرس إلاَّ إذا كانت معهودة منه، مفهومة لغيره.

---

(١) أشباه ابن نجيم ٣٤٤، الوجيز للبورنو ١٧٩.

(٢) مسعفة الحكام ٢/ ٧٣١ ـ ٧٣٣، شرح عماد الرضا ١/ ٩٩، ١٤٥، الكشاف ٣/ ٢٠١، ٢١١.

والأخرس بهذه الإشارة المفهومة يَدُلُّ على إرادته في تصرفاته، وهي تقوم مقام اللفظ للمتكلم في بيان إرادته، وتفسر دلالتها عند إجمالها، وتقيد مطلقها، وتخصص عمومها، ونحو ذلك مما يفسر به اللفظ.

٢ ـ **يشترط بعض الفقهاء**: أَنْ تكون الإشارة من أخرس، أَوْ من معتقل لسانه زاد اعتقاله على عام حتى لا تتعطل مصالحه[١]، أَوْ يقوم دليل على اليأس من كلامه ولو لم يصل اعتقاله إلى عام.

وخالف آخرون منهم فقالوا: لا تَصِحُّ الإشارة من معتقل اللسان؛ لأَنَّه غير ميؤوس من نطقه[٢].

والذي يظهر لي: اشتراط أَنْ تكون الإشارة من أخرس أَوْ معتقل لسانه ولو لم تصل مدة اعتقاله إلى عام، بل متى اعتقل لسانه وفهمت إشارته عُمِل بها.

وإذا جرى العرف باستعمال بعض الإشارات من الناطقين عُمِل بها[٣]، وقد أشار النبي ﷺ في مواضع، وأغنت إشارته عن نطقه، فقال: **«الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وقبض الإبهام في الثالثة»**[٤].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٢٩، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٢١٩.

(٢) أشباه ابن نجيم ٣٤٤، الكشاف ٦/ ٤٥٣، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٢٨، ٣٢٩.

(٣) شرح المنتهى ٣/ ١٣٧، معالم السنن ٣/ ٤٣.

(٤) سبق تخريجه.

٣ ـ يشترط بعض الفقهاء: **ألَّا يُحْسِن الأخرسُ الكتابة**، فإن أحسنها أعملنا كتابته وألغينا إشارته؛ لأَنَّ الكتابة كالنطق من كل وجه، بخلاف الإشارة فإنَّها دونه، فلا تقبل مع إمكان الكتابة.

وخالف آخرون فقالوا باعتبار الإشارة ولو عرف الأخرس الكتابة[1]، **وهذا أظهر**؛ لأَنَّها وسيلة يسلكها الأخرس للدلالة على ما يريده ويقصده، لكن مهما أمكنت الكتابة إن كان الأخرس كاتباً فهو أتمّ وأكمل.



(١) أشباه ابن نجيم ٣٤٣، الكشاف ٣/ ٢٠١، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٨٢.

المبحث الرابع

تفسير سكوت المكلف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المراد بسكوت المكلف ودلالته.

المطلب الثاني: أصول تفسير سكوت المكلف الملابس للقرينة.

المطلب الأول
المراد بسكوت المكلف ودلالته

المراد بسكوت المكلف:

السكوت لغة: يَدُلُّ على خلاف الكلام، فهو الصمات[1].

وسكوت المكلف اصطلاحاً: ترك المكلف الكلام والفعل ونحوهما من الكتابة والإشارة في مقام الدلالة على الإرادة[2].

فالسكوت ترك للكلام والفعل في مقام الدلالة على الإرادة، وسواء أكان السكوت مجرداً عن القرائن الدالة على القصد والإرادة، أَمْ ملابساً للقرائن الدالة عليه[3].

دلالة سكوت المكلف:

سكوت المكلف **نوعان**، لكل واحد منهما حكم في الدلالة

---

(١) مقاييس اللغة ٣/ ٨٩، المصباح المنير ١/ ٢٨٠.

(٢) السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ١٦، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٢٦٤.

(٣) المرجعين السابقين.

يختلف عن الآخر، وبيانهما كما يلي[1]:

النوع الأول: السكوت المجرد عن القرائن الدالة على القصد والإرادة:

فهذا السكوت لا يكون رضاً بالمسكوت عنه ولا موافقة عليه؛ لأَنَّ عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها ولم يؤيدها قرائن مرجحة لها، ولذا جاءت القاعدة الفقهية مقررة أَنَّه: لا ينسب لساكت قول[2].

فالسكوت المجرد لا يكون إذناً، ولا دلالة فيه على الإرادة[3]، فلو صدر الإيجاب بالبيع من شخص لآخر، وقوبل من قِبَل الآخر بالسكوت عن القبول، ولم يقترن به معاطاة ولا غيرها مما يَدُلُّ على القبول فلا يكون الساكت قابلاً للبيع، فلا ينعقد.

وهذا النوع هو الأصل في السكوت، **فإنَّه لا دلالة للسكوت على الرضا**، فلا يقال عن ساكت: إنَّه قال كذا، أَوْ أراد كذا.

النوع الثاني: السكوت الملابس للقرينة:

فإذا دَلَّت قرينة على أَنَّ الساكت أراد معنى معيناً كان السكوت

---

(1) الاختيارات الفقهية ٥٨، المنثور ٢/ ٢٠٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٧٣، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٣، السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ١٨، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ٢٦٤.

(2) المدخل للزرقاء ٢/ ٩٧٣.

(3) الاختيارات ١٥٨.

بياناً، وذلك حين يكون السكوت في موطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر أَوْ تغرير، أَوْ يكون قرينة حالية، أَوْ وسيلة عرفية للدلالة على القصد والإرادة، ولذلك جاءت القاعدة الفقهية مقررة أَنَّ: للحالة من الدلالة كما للمقالة، ومقررة: بأَنَّ السكوت في معرض الحاجة إلى البيانِ بيانٌ.

وحكم هذا السكوت **أَنَّه يعتد به في الدلالة على القصد والإرادة** من انعقاد عقد، أَوْ إجازة تصرف، أَوْ الإذن فيه، وذلك ما لم يعارضه ما هو أقوى منه من قرينة أخرى أَوْ تصريح بما ينفي دلالته، ولذلك جاءت القاعدة الفقهية مقررة: أَنَّه لا عبرة بالدلالة في مقابلة الصريح[1].

ومن أمثلة ما يكون فيه السكوت بياناً: سكوت الشفيع عن المطالبة بالشفعة بعد علمه بالبيع، فيُعَدُّ سكوته رضاً بإسقاط الشفعة[2]، وسيأتي مزيد من الأمثلة في المطلب القادم.



(١) أصول الحنفية للكرخي ١٦٣، المجلة العدلية (م١٣) وشرحها لحيدر ١/ ٢٨، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٢.

(٢) شرح المنتهى ٢/ ٤٣٦، الكشاف ٤/ ١٤١.

المطلب الثاني

أصول تفسير سكوت المكلف الملابس للقرينة

هناك أصول يرجع إليها عند تفسير السكوت الملابس للقرينة، وهي:

١ ــ الشرع:

فإذا كان ثَمَّ سكوت، ودَلَّ الشرع على تفسيره بما يَدُلُّ على القصد والإرادة وَجَبَ إعماله.

مثال ذلك: سكوت البكر البالغة بعد استئذانها في التزويج، فإنَّه رضاً بالزوج، وموافقة على نكاحه؛ لأَنَّ الحياء يمنعها من التصريح بالرضا، فعن ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ أَنَّ النبي ﷺ قال: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأمر، وإذنها سكوتها**»[1].

---

(١) رواه مسلم ٢/ ١٠٣٧، وهو برقم ٦٧/ ١٤٢١.

ومن ذلك: إذا كان السكوت تغريراً أَوْ ضرراً[1].

ودليله: نَهْيُ النبي ﷺ عن الضرر، فعن أبي سعيد الخدري ــ رضي الله عنه ــ قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2].

وهذا صريح في الضرر، والتغريرُ مثله؛ لأَنَّ في ترك إعماله عند مقتضيه ضرر على المغرور.

ومن أمثلته: أَنَّ العين المرهونة إذا بيعت مع علم المرتهن وسكوته فيكون ذلك من المرتهن كتماناً وتغريراً بالمشتري، والغارُّ ضامن[3].

ومن ذلك: من رأى أَوْ علم أَنَّ ولده يتصرف بتأجير حوانيته، وقبض الأجرة، فيكون ذلك توكيلاً له، ولا يقبل من المالك نقض العقد مع المستأجر، ولو فرض أَنَّه لم يوكله فإِنَّه غار بعلمه وسكوته عن الناس يتعاملون معه، والغارُّ ضامن[4].

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «لا يقبل قوله في إنكار الوكالة مع كونه يتصرف له تصرف الوكلاء مع علمه بذلك وكونه معروفاً بأَنَّه

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الاختيارات ١٥٨.

(٤) الاختيارات ١٣٨، ١٥٨، ١٦٣، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٠، الفروع ٤/ ٣٣٥، حاشية العنقري ٢/ ٢٣٧، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٥/ ٢٢٦.

وكيل بين الناس، حتى لو قدر أنَّه لم يوكله ــ والحالة هذه ــ فتفريطه وتسليطه عدوان منه يوجب الضمان»[1].

وهذا كحال بعض الناس اليوم: يضعون عمالهم في حوانيتهم فيبيعون ويشترون، وظاهر حال أرباب الأموال علمهم بذلك، وسكوتهم عنهم، فإذا وجب عليهم غرم من ثمن مبيع ونحوه أنكروا توكيلهم، فلا يسمع منهم ذلك، بل يضمنون.

ومن أمثلة الضرر: شروطٌ هي من مقتضى العقد، مثل: تسلّم الثمن والمثمن، فإنَّها تلزم ولو سكت عنها المتعاقدان؛ لأَنَّ في تركها والإعراض عنها ضرراً على المتعاقدين أَوْ أحدهما.

ومن ذلك: أَنَّ الساكت عن جواب الدعوى يُعَدُّ ناكلاً، تسمع عليه البينة ــ إن كانت ــ بعد إنذاره بذلك، وإلاَّ استُحلف المدعي وقضي على الساكت بعد إنذاره بذلك[2]؛ لأَنَّ في إيقاف الدعوى عند سكوت المدعى عليه ضرراً على المدعي[3].

ومن ذلك: أَنَّه إذا توجهت اليمين على المدعى عليه ثم سكت فإنَّه يُعَدُّ ناكلاً ويقضى عليه بعد إنذاره بذلك ــ زاد بعضهم مع يمين

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٦٩، ٧٠.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٤٩٥، المغني ١١/ ٤٥٦، المحرر ٢/ ٢٠٩، الإنصاف ١١/ ٢٦٤، المبدع ١٠/ ٦٩.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٤.

الطالب[1]ـ ؛ لأَنَّ سكوت المدعى عليه عن أداء اليمين يؤدي إلى ترك الفصل في الدعوى، وذلك ضرر على المدعي.

٢ ـ العرف:

وقد سبق تعريفه.

فإذا حصل تصرف من الطرفين أَوْ أحدهما، وسكتا أَوْ أحدهما عن شيء من ذلك التصرف، فإنَّ العرف يأتي كاشفاً ومبيناً لإرادة العاقد فيما سكت عنه بدخوله في العقد والتصرف أَوْ خروجه عنه ما لم يصرحا بخلافه[2]، ولذلك جاءت القاعدة الفقهية مقررة بأَنَّ: «**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**»[3]، وأَنَّ «**المعروف بين التجار كالمشروط بينهم**»[4]، وأَنَّ «**التعيين بالعرف كالتعيين بالنَّصّ**»[5].

ومن أمثلة ذلك: معرفة ما يدخل في المبيع من التوابع إذا لم يشترط المتعاقدان ذلك، فمرجع تعيين المسكوت عنه من ذلك إلى

---

(١) العمدة مع العدة ٦٢٥، والمقنع مع الانصاف ١١/ ٢٥٧، الهداية لأبي الخطاب ٢/ ١٢٨، ١٤٦، المغني ١٢/ ١٢٤، الفروع ٦/ ٤٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٨٦، شرح القواعد الفقهية ٢٨٠، السكوت ودلالاته على الأحكام الشرعية ٩٨، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٤، الوجيز للبورنو ١٩٧، ١٨٠.

(٣) أشباه ابن نجيم ٩٩ المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١١١١.

(٤) مجلة الأحكام العدلية (م٤٤)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٠١.

(٥) مجلة الأحكام العدلية (م٤٥)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٠١.

العرف[١]، وهكذا صانعٌ نصب نفسه للعمل بأجرة كحلاق، فإنَّه مع السكوت عن المعاقدة على الأجرة له أجرةُ المثل حسب العرف[٢].

٣ ــ دلالة الحال:

والمراد به: القرائن الحالية التي تحفُّ بالسكوت فتقوى جانب إعماله على إهماله.

فإذا سكت المكلف عند تصرف ونحوه، وقامت القرينة على دلالة السكوت على إرادة الساكت بموافقة ورضاً على ذلك الأمر اعتبرنا السكوت دالاًّ على الرضا والموافقة على المسكوت عنه؛ لأَنَّ الحال اقتضى نطقه فسكت من غير مسوغ[٣]، ولذلك أمثلة منها:

(أ) إذا باع رجل داراً أَوْ متاعاً بحضور آخر، فبعث البائع هذا الحاضر إلى المشتري ليقتضي الثمن منه، فذهب واقتضاه، فلا تسمع بعد دعواه على المشتري ملك المبيع لنفسه؛ لأَنَّه يصير مجيزاً للبيع بالسكوت مع تقاضي الثمن، ذكره الحنفية[٤].

ويقوى عندي أَنَّ سكوت الحاضر عن الاعتراض على البيع ولو

---

(١) أشباه ابن نجيم ١٠٤، الوجيز للبورنو ١٨٠، حاشية ابن قاسم على الروض ٣/ ٥٣٣، ٥٣٤.

(٢) أشباه ابن نجيم ٩٩، الكشاف ٣/ ٥٥٥.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٢٩، ٣٣٣.

(٤) معين الحكام للطرابلسي ١٦١.

لم يذهب لاقتضاء الثمن فإنَّه يُعَدُّ تغريراً بالمشتري، فينفذ العقد، وله مطالبة البائع بما قبضه من ثمن المبيع، وتسمع دفوع التملك أثناء المطالبة بالثمن.

(ب) من ترك متاعه عند جالس، وقال له: احفظ متاعي، فسكت المودع كان ذلك قبولاً منه للوديعة؛ لأَنَّ سكوته حين تركه ربه لديه رضاً بالإيداع[1].

(ج) من ولدت له زوجته ولداً فهُنِّيء به، فسكت كان ذلك إقراراً به، فلا يملك نفيه بعد ذلك[2].

❏ ❏ ❏

---

(1) شرح الزرقاني ٦/ ١١٤، شرح القواعد الفقهية ٢٧٦.

(2) أشباه ابن نجيم ١٥٥، شرح المنتهى ٣/ ٢١١، الكشاف ٥/ ٤٠٣.

المبحث الخامس

أثر الأسباب والدوافع في تفسير الوقائع لفظاً أَوْ فعلاً أَوْ سكوتاً

المراد بالأسباب والدوافع هنا: الباعث الذي حمل المتكلم أَوْ المتعاقد، أَوْ الفاعل إلى ماقام به من ذلك الأمر[1].

فهي ملحوظة في بيان المجمل، وتأويل الظاهر، وتخصيص العام، وتقييد المطلق، وإبطال العقد وتَصْحِيحه، ونحو ذلك.

فالأسباب المهيجة للفعل أَوْ القول أَوْ السكوت، والدواعي أَوْ القصود الحاملة عليه ملحوظة في بيانه، أَوْ صحته وبطلانه.

فمن أوقف وقفاً، واحتمل لفظه في مصرفه شيئين حُمِل على ما هو أقرب إلى قصد المكلف وعرفه.

ومن وهبت لزوجها مالاً بطلبه، ثم طلقها أَوْ تزوج عليها كان لها الرجوع في هبتها؛ لأَنَّها إنَّما فعلت ذلك تودّداً واستدامة للنكاح.

ومن طلق امرأته في مرض موته المخوف لم يمنعها ذلك من الإرث ما لم تتزوج بعد انتهاء عدتها قبل موته.

ومن طلق امرأته بناءً على ما نقل عنها كذباً من السوء، ثم ظهر له براءتها من ذلك لم يقع هذا الطلاق.

---

(١) القواعد والأصول الجامعة ١٠٢.

ومن عقد على امرأة ليحلها لغيره كان النكاح باطلاً، فلا تحلّ لناكحها ولا لمطلقها ــ العائدة إليه ــ بهذا النكاح.

ومن سكت عن المطالبة بحق، أَوْ عَقَدَ عَقْدَ إلجاءٍ حمله عليه حامل من خوف سلطان ظالم، أَوْ غرض آخر لم يلزم، ويعمل بالقرينة في ذلك.

ومن تزوج امرأة بعد طلاق امرأة قبلها، فكتب لزوجته الجديدة وكالة بأَنَّه متى ردّ زوجته السابقة فلها طلاقها إلى عشرين سنة، ثم طلق الثانية بطلت الوكالة، وهكذا من أكره على إقرار أَوْ عقد لم يلزمه ذلك.

فالقصد روح العقد، ومُصَحِّحُه، ومبطله، ومبينه، ومفسره[1].

(1) القواعد لابن رجب ٢٧٨، ٣٢١، جامع العلوم والحكم ١٨، ١٩، مجموع الفتاوى ٢٠/ ٣٧٨، ٣٢/ ١٤٦، ٢٩/ ١٣٦، ٣٣٢، حاشية العنقري على الروض ٢/ ٤٧٥، منار السبيل ٢/ ٢٣٩، القواعد والأصول الجامعة ٧٢، ١٠٢، الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٥، ١٣١، الاختيارات ١٤٣، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٨، إعلام الموقعين ٣/ ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٨، ١٠٩، ١١١، ١٢١، أحكام أهل الذمة ١/ ٣٠٨، الموافقات ٢/ ٣٢٧، شرح المنتهى ٢/ ٣٥١، ٥١٨، ٣/ ٤٣٠، ٤٣٢ الكشاف ٦/ ٢٤٨، فتاوى ورسائل ١١/ ١١٠، الفواكه العديدة ٢/ ٢٥، الإحكام للقرافي ١١٨، نشر العرف ١٤٤، مجلة الأحكام الشرعية ٣٢١، نظرية التعسف ٢٠٧، النظرية العامة للموجبات والعقود ٢/ ٣٤٥، ٣٤٩، ٣٥٠، السبب عند الأصوليين ٣/ ٢٤٢.

ويَدُلُّ على ذلك آيات بينات[1]؛ منها قوله ـ تعالى ـ : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٣١]، ففي ذلك بيان بأَنَّ الرجعة لمن قصد الصلاح دون الضرار.

ومنها قوله ـ تعالى ـ : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء: ١٢]، فإنَّ الله ـ سبحانه وتعالى ـ إنَّما قَدَّم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها، فإذا وصى ضراراً كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطالها، وحرم على الموصى له أخذها بدون رضاهم[2].

كما يَدُلُّ له من السنة أحاديث، منها: قوله ﷺ ـ فيما رواه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ـ : «**إنَّما الأعمال بالنيات، وإنَّما لكل امرىء ما نوى**»[3].

وعلى تقرير هذه الحقيقة ـ أعني لحظ الأسباب والدواعي والقصود في تفسير الوقائع ـ تتابع الفقهاء والباحثون، أذكر لك طرفاً من أقوالهم:

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٥، إعلام الموقعين ٣/ ٩٦، ٩٨، الموافقات ٢/ ٣٢٤.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ١١١، الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٦، شرح المنتهى ٣/ ١٨٣.

(٣) متفق عليه، فقد رواه البخاري (الفتح ١/ ٩)، وهو برقم ١، كما رواه مسلم ٣/ ١٥١٥، وهو برقم ١٩٠٧.

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «إنَّ المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في القربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالاً، أَوْ حراماً، أَوْ صَحِيحاً، أَوْ فاسداً، أَوْ صَحِيحاً من وجه، فاسداً من وجه، كما أَنَّ القصد في العبادة يجعلها واجبة، أَوْ مستحبة، أَوْ محرمة، أَوْ صَحِيحة، أَوْ فاسدة»[1].

ويقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «القصد روح العقد، ومُصَحِّحُه، ومبطله»[2].

ويقول ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ): «تعتبر الأسباب في عقود التملكات، كما تعتبر في الأيمان»[3].

ويقول ابن حجر ـ صاحب الفتح ـ (ت: ٨٥٢هـ): «قال ابن المنير: إنَّ المقاصد تعتبر بأدلتها كيفما كانت الأدلةُ لفظيةً أَوْ غيرَ لفظية بأيّ لغة كانت»[4].

ويقول ابن عطوة (ت: ٩٤٨هـ): «والقصود[5] في العقود معتبرة، فإياك أَنْ تهمل قصد المتكلم، ونيته، وعُرْفه، فتجني عليه

(١) الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٥.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ٩٤.

(٣) القواعد ٣٢١.

(٤) فتح الباري ٦/ ٢٧٤.

(٥) في الأصل: «والمقصود»، والتَّصْحِيح اقتضاه السياق.

وعلى الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه، فتلزم العاقد ما لم يلزمه الله ورسوله»[1].

ويقول ابن النجار (ت: ٩٧٢هـ): «والعبرة بخصوص السبب لا بعموم اللفظ»[2].

ويقول ابن حجر المكي (ت: ٩٧٤هـ): «لا نبني عبارة الواقفين على الدقائق الأصولية، والفقهية، والعربية... وإنَّما نبنيها على ما يتبادر ويفهم من العرف، وعلى ما هو أقرب إلى مقاصد الواقفين وعاداتهم»[3].

ويقول ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ): «الأسباب والدواعي للعقود والتبرعات معتبرة... ومن هذا إقرارات الناس ينظر فيها إلى الحامل لهم، وإلى ما اقترن بذلك من الأحوال لا إلى مجرد اللفظ»[4].

وقال ـ أيضاً ـ: «... فكذلك نعتبر القرائن، ومقتضى الأحوال، وما يحتفّ بالكلام من الأسباب المهيجة والغايات المقصودة»[5].

---

(١) الفواكه العديدة ٢/ ٣٣.

(٢) منتهى الإرادات ٥/ ٢٢٧.

(٣) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٠٨.

(٤) القواعد والأصول الجامعة ١٠٢، ١٠٣.

(٥) المرجع السابق نفسه ص ٧٢.

وسئل شيخ مشايخنا الشيخ الإمام محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ) عَمَّن سمع عن زوجته نبأً فغضب وطلقها بالثلاث، ثم تبين أَنَّ النبأ كان مكذوباً، فأجاب بقوله: «إذا كان الحال ما ذكر، وأَنَّك لم تطلقها إلاَّ بناءً على هذا النبأ المكذوب، فالصَّحِيح من أقوال العلماء أَنَّ الطلاق لا يقع؛ لاعتبار القصود في العقود، وعلى هذا فالطلاق لاغٍ، والمرأة حلالٌ لك بالعقد الأول، فلا يحتاج إلى مراجعة ولا عقد جديد»[1].

ويقول المحمصاني (معاصر): «كذلك ينظر للغرض ـ أيضاً ـ لتفسير العقد ولتحديد مداه، مثاله: أَنْ ينظر إلى غرض الاشتراء عند تعيين توابع المبيع في عقد البيع وإن لم تذكر هذه التوابع صراحة في العقد»[2].

وإعمال الأسباب والدواعي والقصود لا يُعْتَدُّ به في كل الصور والأحوال، بل يعمل بالقرائن والدلائل الحالية في الأخذ بها أَوْ إهدارها، فمن اشترى بيتاً للسكنى، لكن عرض له عارض في نفسه يمنعه من سكناه فليس له فسخ العقد بحجة أَنَّه قصد من شرائه السكنى وقد عرض له عارض منعه منه ولو علم الطرف الآخر بهذا السبب والداعي ما لم يكن ثَمَّ شرط خيار.

---

(١) فتاوى ورسائل ١١/ ١١٠.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود ٢/ ٣٥٠.

وقد اعترض فريق من الفقهاء على اعتبار السبب والداعي وقرروا: أَنَّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما في كلام الشارع.

ورُدّ عليهم بأَنَّ الفرق بينهما ظاهر؛ لأَنَّ كلام الشارع لبيان الأحكام، فلا يختص بمحل السبب، فالحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير السبب، وكلام المكلف بخلاف ذلك[1]، وهو رَدٌّ ظاهر القوة.

وفي بعض الصور التي مثلنا بها خلاف يرجع إليه في مظانه؛ إذ القصد من الأمثلة تقرير هذه الحقيقة وأثرها في تفسير الوقائع، لا بيان حكم هذه الصور.

وبهذا يظهر لنا أَنَّ البواعث والقصود ملحوظة في تفسير الوقائع متى قامت الأدلة والقرائن الدالة على تلك القصود والبواعث.



---

(١) السبب عند الأصوليين ٣/ ٢٤٢، ٢٤٧.

تنبيه: كما يجب مراعاة الأسباب والدواعي والقصود، كما فُصِّل في هذا المطلب؛ فإنه يجمع بين اللفظ والمبنى، وبين الحقيقة والمعنى في كلام المكلف عند ظهوره كما سبق بيانه في في الفقرة الخامسة من المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الثالث من الباب الثاني.



المبحث السادس

تفسير الشاهد شهادته

للشاهد تفسير شهادته ببيان مجملها، وتخصيص عمومها، وتقييد مطلقها، سواء كان ذلك **قبل الأداء أَمْ بعده قبل الحكم**، ذكره المالكية[1]، وهو مقتضى قول أبي حنيفة (ت: ١٥٠هـ)، وأبي يوسف من الحنفية (ت: ١٨٣هـ)، والمَنْصُوص عن الإمام أحمد (ت: ٢٤١هـ)، فقد ذكروا: أن للشاهد الزيادة في شهادته والنقص منها قبل الحكم[2]، فلو فسرها قبل الحكم بما فيه زيادة أَوْ نقص قبل منه ذلك.

أَمَّا تفسير الشاهد شهادته بالزيادة فيها والنقص منها **بعد الحكم** بما يغير معناها فله حكم الرجوع عنها[3]؛ جاء في الاختيارات: «من شهد بعد الحكم شهادةً تنافي شهادته الأُولى فكرجوعه عن الشهادة وأولى»[4].

---

(١) البهجة ١/ ٢٠١.

(٢) البناية ٨/ ١٩٩، الهداية للمرغيناني ٣/ ١٢٦، الإنصاف ١٢/ ١٠٤، المغني ١٢/ ١٠٥.

(٣) الاختيارات ٣٦٤، الكشاف ٦/ ٤٤٥.

(٤) ص ٣٦٤.

لكن لو تعذر تفسير الشاهد شهادته قبل الحكم بموت أَوْ غيره حمل العام على عمومه والمطلق على إطلاقه، ولم نعمل بالمجمل؛ لتعذر تفسيره.

وإذا تعارضت الشهادات من شهود مختلفين فإنَّ العام يحمل على الخاص، والمطلق يحمل على المقيد، والمجمل يحمل على المبين وهكذا، ما لم يمنع من ذلك مانع فيؤخذ بما يقتضيه الحال[1].

❑ ❑ ❑

---

(١) سيأتي لذلك زيادة بيان في الترجيح بين البينات القضائية في المطلب الثاني من المبحث السابع من الفصل الثالث من الباب الثاني.

المبحث السابع

التعارض والجمع والترجيح فيما يصدر عن المكلف من قول أَوْ تصرف وفي البينات القضائية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعارض والجمع والترجيح فيما يصدر عن المكلف من قول أَوْ تصرف.

المطلب الثاني: التعارض والجمع والترجيح بين البينات القضائية.

المطلب الأول

التعارض والجمع والترجيح
فيما يصدر عن المكلف من قول أَوْ تصرف

المراد بالتعارض والجمع والترجيح فيما يصدر عن المكلف:

المراد بالتعارض: هو تقابل ما يصدر عن المكلف ظاهراً فيبدو للناظر فيها الممانعة بينها بأَنْ يدُلَّ أحدهما على معنى، ويَدُلَّ الآخر على معنى آخر يناقضه[١].

والمراد بالجمع: هو التوفيق بين ما يصدر من المكلف، فيحمل كل منهما على معنى يَصِحُّ الجمع بينه وبين الآخر[٢].

والمراد بالترجيح: هو تقديم أحد المعنيين الصادرين عن المكلف على الآخر لاختصاصه بقوة في الدلالة.

---

(١) ما سبق في المطلب الأول من المبحث الثامن من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) ما سبق في المطلب الثاني من المبحث الثامن من الفصل الخامس من الباب الأول.

طرق الجمع والترجيح فيما يصدر عن المكلف:

عند تعارض القول والفعل والسكوت: **يقدم القول على الفعل، والفعل** على السكوت؛ لأنَّ القول أصرح من الفعل، والفعل أدَلُّ على المراد من السكوت، هذا في الجملة، وقد يخرج عن ذلك لقرينة ظاهرة.

وأشير إلى جملة من الأحكام المتعلقة بالتعارض وطرق الجمع والترجيح في خطاب المكلف وتصرفاته، وهي:

(أ) **يعمل بقوة الدلالة**؛ فيقدم النَّصّ على الظاهر، والمنطوق على المفهوم، والنَّصّ والظاهر على دلالة الحال والسياق، ولذلك كان من المقرر فقهاً: أَنَّه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح[1] ما لم يعارض ذلك جميعه شيء من القرائن القوية، فيعمل بما يقتضيه الحال، فعلى سبيل المثال: تُقَدم القرائن إذا قويت على الإقرار ولو كان صريحاً، كما ستأتي الإشارة إلى ذلك في المطلب القادم.

كما ويحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد، كما سبق بيانه[2].

(ب) إذا حصل تعارض بين إقراري المكلف في الحقوق

---

(١) المجلة العدلية (م١٣)، المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/ ٩٧٢.

(٢) انظر ذلك في المطلبين الخامس والسادس من المبحث الأول من هذا الفصل (الثالث) من الباب الثاني.

الخاصة فيؤخذ بأشدّهما عليه، فعدوله إلى الأقل غير مقبول؛ لأَنَّه رجوع عن الإقرار، وعدوله إلى الأكثر اعتراف بحق للغير لا مسقط له؛ فلو اعترف في مجلس بألف ريال، ثم اعترف في آخر بألف وخمسمائة ريال، ولم يظهر ما يقتضي تَعَدُّد الإقرار ـ أخذنا بأكثرهما عليه.

وقد يجمع بين المتناقضين بإلغاء أحدهما؛ لأَنَّه سهو عند القرينة المقتضية لذلك؛ يقول ابن حجر المكي (ت: ٩٧٤هـ): «إذا سمع من الواقف كلمات متناقضة حكمنا عليه بالسهو في بعضها، ورجحنا مقابله، وعملنا به بقرائن لفظية أَوْ حالية»(١) (٢).

(ج) **إذا تعارض إقرار المكلف فيما يتعلق بالحدود**، وحصل تناقض بين أقواله طُلِب منه تفسيرها، فإن فسرها على وجه يَصِحُّ، وإلاَّ كان التعارض شبهة موجبة لدرء الحد، والحدود تدرأ بالشبهات.

(د) **إذا حصل تناقض من المدعي في دعواه**، مثل: أَنْ يقر بعين لشخص، ثم يدعيها لنفسه، ومثل: أَنْ يدعي شخص على آخر

---

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٣٣.

(٢) **فائدة**: قال ابن حجر المكي: «إن الموثق إذا وقع منه عبارتان متنافيتان، فإن أمكن الجمع بينهما بحمل كل منهما على حاله... وجب المصير إليه، وإن لم يمكن ذلك، فإن اعتضدت إحداهما بقرينة عمل بها وطرحت الأخرى، وإن لم تعضد واحدة بشيء تعارضتا فتساقطتا» [الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/ ٢٥٠].

وديعة، فينكرها المدعى عليه، فيقيم المدعي البينة على الإيداع، فيدفع المدعى عليه بالهلاك، فلا تقبل الدعوى الثانية، ويعمل بالأولى.

وللتناقض شروط، ولكيفية ارتفاعه والعمل عند ذلك تفصيلات مقررة عند أهل العلم يرجع إليها في مظانها[1].

(هـ) **التعارض بين المرجحات الأولية من الأصل والظاهر:**

المراد بالأصل: الحالة العادية الثابتة التي لا تحتاج إلى دليل، مثل: أصل براءة الذمة قبل عمارتها[2].

والمراد بالظاهر: ما ترجح وقوعه، مثل: العرف، وأصل صِحَّة العقود بعد وقوعها؛ لأَنَّ الغالب تمامها على وجه الصِّحَّة[3].

والقاعدة: **تقديم البينة الشرعية** ـ مثل الشهادة ـ على دلالة الأصل والظاهر، فإذا لم يكن ثم شهادة، أَوْ تعارضت الشهادات **صرنا للترجيح بالأصل والظاهر**، فإذا انفرد أحدهما أخذنا به، وإذا حصل تعارض بينهما؛ فإن دَلَّ على الاعتداد بأحدهما نَصٌّ شرعي وجب إعماله، وذلك كتقديم قول واصف اللقطة على منازعه ممن عجز عن وصفها[4]؛ لقوله ﷺ: «**فإذا جاء صاحبها، فعرف**

(١) انظر: دعوى التناقض للدغمي ٧١ ـ ١٤٦، ونظرية الدعوى ١/ ٣٧٩ ـ ٤١٠.

(٢) وسائل الإثبات ٦٥٩.

(٣) المنثور ١/ ٣١٢.

(٤) القواعد لابن رجب ٣٣٩.

عفاصها، وعددها، ووكاءها فأعطها إياه، وإلاَّ فهي لك»[1].

فإن لم يكن نَصٌّ كان ترجيح أحدهما على الآخر بحسب القرائن ومقتضيات الأحوال؛ فتارة يقدم الأصل، وتارة يقدم الظاهر.

قال ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ): «إذا تعارض الأصل مع الظاهر يرجح أرجحهما، ومن الترجيحات كثرة القرائن وقوتها»[2].

فيقدم الأصل على الظاهر إذا كان الظاهر مجرد احتمال، مثل: الرجل الصالح يدعي على أفسق الناس ديناً ونحوه، فقد تعارض معنا الأصل ــ وهو براءة الذمة ــ مع الظاهر وهو أَنَّ الغالب صدق الرجل الصالح فيما يدعيه، وأعملنا الأصل؛ لأَنَّ الظاهر مجرد احتمال.

ويقدم الظاهر على الأصل إذا كان الظاهر سبباً قويّاً منضبطاً، وذلك مثل: العقد يتنازع شخصان في صحته؛ أحدهما يدعي مفسداً، والآخر يدعي كمال شروطه، فيقدم الظاهر هنا وهو أَنَّ الغالب في عقود الناس الصِّحَّة على الأصل، وهو عدم استيفاء العقد للشروط.

---

(١) رواه البخاري (الفتح ٥/ ٩٣)، وهو برقم ٢٤٣٨، ومسلم واللفظ له ٣/ (١٣٤٥، ١٣٤٦)، وهو برقم ٦/١٧٢٢.

(٢) طريق الوصول إلى العلم المأمول ١٥٤، وأشار إلى الاختيارات، وانظر المعنى نفسه في: قواعد الأحكام ٢/ ٥٤.

فإذا تعارض أصلان قُدِّم أقواهما دلالة إمَّا لاعتضاده بمرجح آخر من أصل أَوْ ظاهر، أَوْ لكون أحد الأصلين أكثر تعلقاً بموضع النزاع، أَوْ أكثر شبهاً به، وقد يعمل بالأصلين معاً[1].

مثال ما قُدِّم فيه أحد الأصلين على الآخر: أَنْ تكون دار رجل في يد آخر، فيقول المالك: لقد آجرتك، ويقول الذي هي في يده: بل أعرتني، ولم تمض مدة لها أجرة، فالقول لمدعي الإعارة بيمينه.

فقد تنازعها هنا أصلان؛ أصل عدم الإعارة، وأصل عدم الإجارة، وقدمنا أصل عدم الإجارة لاعتضاده بأصل آخر، وهو براءة الذمة.

لكن لو كان ذلك بعد مُضِيٍّ مدة لها أجرة، وطالب مالكها بأجرة ما مضى رَجَّحْنا قول المالك في دعوى الإجارة بيمينه؛ لاعتضاده بالظاهر، وهو أَنَّ العادة بذل الإنسان ماله معاوضة، وأن على قابضه ضمانه بعوض، فيكون القول قول القابض في نفي الإجارة، فترد العين لصاحبها، والقول قول المالك في استحقاق الأجرة لما مضى ـ فيقضى له بأجرة المثل إعمالاً لكل أصل بما ترجح به[2]، وهذا مثال لإعمال الأصلين معاً.

---

(١) البهجة ١/ ٥٤، تبصرة الحكام ١/ ١٤٣، قواعد الأحكام ١/ ٥٦، القواعد لابن رجب ٣٢٤، الروض المربع ٧/ ٥٧٩.

(٢) شرح المنتهى ٢/ ٣٩٨، الكشاف ٤/ ٧٤، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٥٠.

وهكذا إذا تعارض الظاهران، عملنا مثل عملنا في تعارض الأصلين[1].

مثال ما قدم فيه أحد الظاهرين: أَنْ يتداعى جَزَّارَان في جِلْد هو بيد أحدهما، فيقضى به للذي هو بيده مع يمينه، فقد تعارض معنا ظاهر من الجانبين وهو العرف، وقدمنا صاحب اليد؛ لاعتضاده بظاهر آخر وهي اليد، وأَمَّا إذا لم يكن بيد أحدهما ولا منازع لهما فنقسمه بينهما نِصْفين إعمالاً للظاهر من الجانبين وهو العرف، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، وعلى كل واحد منهما يمين لصاحبه[2].



(١) المراجع نفسها في الحاشية قبل السابقة.

(٢) البهجة ١/ ٥٤، الروض المربع ٧/ ٥٧٩.



المطلب الثاني

التعارض والجمع والترجيح بين البينات القضائية

سبق بيان المراد بالتعارض، والجمع والترجيح لما يصدر من المكلف في تعاقد ودعوى ونحوهما، وذلك في مستهل المطلب السابق، وهو لا يختلف عن المراد به هنا في البينات القضائية.

طرق الجمع والترجيح بين البيانات القضائية:

أشير إلى جملة من الأحكام المتعلقة بالتعارض وطرق الجمع والترجيح بين البينات القضائية، وهي:

١ ــ الترجيح بين البينات القضائية معتبر كاعتباره بين الأدلة الشرعية[١]:

فإذا تعارضت البينات القضائية قُدِّم الأقوى فالأقوى دلالة، فيقدم **الإقرار** على الشهادة، ثم **الشهادة التامة** على الشاهد واليمين، ثم **القرينة** مع **اليمين** على اليمين المجردة، **والكتابة في الجملة مقدمة على الشهادة**[٢].

---

(١) شرح مختصر الروضة ٣/ ٦٨٠.

(٢) المغني ٥/ ٢٧١، وسائل الإثبات ٧٥٢.

وقد يُخْرَج عن ذلك لمقتضٍ شرعي، فقد حقق ابن القَيِّم[1] (ت: ٧٥١هـ) **تقديم القرائن القوية عند الاقتضاء على الإقرار** مستدلاً بحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أَنَّه قال: قال رسول الله ﷺ: «**بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنتِ، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك أنتِ، فتحاكمتا إلى داود ـ عليه السلام ـ، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود ـ عليهما السلام ـ فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا تفعل ـ يرحمك الله ـ هو ابنها، فقضى به للصغرى**»[2].

كما حقق ابن القَيِّم **تقديم القرائن القوية على الشهادة عند الاقتضاء**، فهو يقول: «وهل يشك أحد في أن كثيراً من القرائن تفيد علماً أقوى من الظن المستفاد من الشاهدين بمراتب عديدة»[3].

٢ ـ إذا تعارضت الشهادتان من شهود مختلفين سلكنا طريق الجمع:

فيحمل العام على الخاص، والمطلق على المقيد، كما يجمع بين الشهادتين باختلاف الحال[4].

---

(١) إعلام الموقعين ٤/ ٣٧١، الطرق الحكمية ٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) بدائع الفوائد ٣/١١٨، وفي المعنى نفسه: الطرق الحكمية ٣٢.

(٤) تعارض البينات للشنقيطي ١٩١ ـ ١٩٨.

أَمَّا لو تعارضت شهادة رجل واحد، فيطلب منه تفسيرها قبل الحكم، فإذا فسَّرها أُعمِل تفسيره بياناً، وتخصيصاً وتعميماً، وإطلاقاً وتقييداً؛ لأن له الزيادة فيها والنقص منها قبل الحكم.

أَمَّا إذا فسرها بعد الحكم بما يعارض دلالتها قبل الحكم فيكون رجوعاً عنها تجري عليه أحكام الرجوع[1].

٣ ـ إذا تعذر الجمع سلكنا طريق الترجيح بتقديم إحدى الشهادتين وإلغاء الأخرى:

وذلك كتقديم الشهادة التي بينت سبب الملك على الشهادة التي أطلقته، كما ترجح الشهادة الأسبق تاريخاً بالملك على المتأخرة إذا عُلِم تاريخهما، كما ترجح الشهادة المثبتة على الشهادة النافية، والشهادة المتضمنة لزيادة علم أَوْ لزيادة الحق على ضدها، وتقدم الشهادة الناقلة عن الأصل على الشهادة المستصحبة للأصل أَوْ المبقية عليه، كما ترجح الشهادة التي معها يد على ضدها، والشهادة التي حضر صاحبها الواقعة على غيره[2].

٤ ـ إذا تعذر الجمع والترجيح قسمنا المشهود عليه إذا كان عيناً:

وذلك كدعوى اثنين عيناً ليست في يد أحدهما ولكل واحد

---

(١) انظر ما سبق في المبحث السادس من الفصل الثالث من الباب الثاني.

(٢) تعارض البينات للشنقيطي ١٩٩ ـ ٢٥٥، وترجيح الشهادة التي حضر صاحبها الواقعة مأخوذ من ترجيح الأدلة الشرعية [البحر المحيط ٦/ ١٥٤].

منهما بينه لا مزية لإحداهما على الأخرى فتقسم العين بينهما[1].

تنبيه: وقد لا تتجه القسمة مع تعارض البينات فيصار إلى القرعة، كاللقيط يلتقطه اثنان يكون عند أحدهما بقرعة عند التنازع[2].

٥ ــ يعمل بالبينة في حال أَوْ نوع دون غيره:

إنَّ البينة عند تعارضها قد يعمل بها في حال أَوْ نوع دون غيره كما حققه ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ)؛ جاء في الاختيارات: «وينبغي أَنْ نقول في الشهود ما نقول في المحدثين، وهو أَنَّه مِن الشهود مَنْ تقبل شهادته في نوع دون نوع، أَوْ شخص دون شخص كما أَنَّ المحدثين كذلك»[3].

٦ ــ ترجح بعض البينات على بعض بالنسخ:

وذلك كما لو شهدت بينتان كل واحدة بعقدٍ أحدُهما متأخر عن الآخر، والعقدان على محل واحد، وفي موضوع واحد وبينهما تعارض، وتعذر الجمع ووجوه الترجيح الأخرى، فيكون العقد المتأخر ناسخاً للعقد المتقدم، محمولاً على الإقالة منه، ويعمل بالمتأخر، ولم أقف على من ذكره، لكن الأصول تقتضيه، ولا

---

(١) تعارض البينات للشنقيطي ٢٥٧ ــ ٢٨٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ص ٣٥٧.

يعارض هذا ما ذكره ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ) عن غير واحد من المتأخرين من الحنابلة من أَنَّ العقد بعد العقد لا يُعَدُّ الثاني رجوعاً عن الأول[1]؛ لأن كلامه هذا محمول فيما إذا أمكن الجمع أَوْ الترجيح بوجه سائغ، فإن تعذر فلا بُدَّ من المصير إلى النسخ كما تنسخ الأدلة الشرعية.

٧ ـ تهاتر[2] البينات والرجوع إلى مرجح أصلي:

إنَّ البينات إذا تعارضت وتعذرت وجوه الجمع الترجيح المقررة فإنَّه يُسْقط بعضها بعضاً، ويُرْجَع الى المرجحات الأولية من الأصل، والظاهر على نحو ما سبق[3].

طرق الجمع والترجيح بين البينات القضائية غير محصورة:

طرق الجمع والترجيح ودفع التعارض بين البينات القضائية لا حصر لها بل بكل طريق يحصل به دفع التعارض بين البينات مما يزيد القاضي قوة في اعتبار البينات جميعها، أَوْ إعمال إحداهما وإهدار الأخرى على وجه شرعي، فهو معتبر، وعلى القاضي عند تقرير ذلك توضيح الأسباب الموجبة له في حكمه.

---

(١) القواعد ٢٧١.

(٢) تهاترت الشهادات: كذَّب بعضها بعضاً، والشاهدان كذَّب أحدهما الآخر، فسقطت شهادتهما. [الوسيط لمجمع اللغة ٢/ ٩٧١].

(٣) انظر في الترجيح بين الأصل والظاهر فقرة (هـ) من المطلب الأول من هذا المبحث.

ويؤيده: ما ذكره الأصوليون من أن طرق الترجيح بين الأدلة غير محصورة، بل بكل طريق يفيد زيادة ظن على وجه مطابق للمسالك الشرعية ويحصل به للمستدل قوة في نظره فإنَّه معتدٌّ به في الترجيح[1]، وَعَلَّل الفتوحي (ت: ٩٧٢هـ) ذلك بقوله: «إن رجحان الدليل هو الزيادة في قوته، أَوْ ظن إفادته المدلول، وذلك أمر حقيقي لا يختلف في نفسه وإن اختلفت مداركه»[2].

والقاضي يجب عليه الإفادة من طرق الترجيح المقررة عند الأصوليين، فيعمل منها ما يلائم البينات القضائية، ومن هذه الطرق مثلاً: تقديم شهادة من حضر العقد وشهد عليه، أَوْ كان سفيراً بين المتعاقدين عند تعارض البينات فيه؛ أخذاً مما يقرره الأصوليون: أن رواية من حضر الواقعة مباشراً لها أَوْ سفيراً فيها مقدمةٌ على غيره[3].

❑ ❑ ❑

---

(١) الإيضاح لابن الجوزي ٣١١، شرح الكوكب المنير ٤/ ٧٤٤، ٧٥١، إرشاد الفحول ٢٨٤، المدخل لابن بدران ٤٠٤.

(٢) شرح الكوكب المنير ٤/ ٧٥١.

(٣) انظر في ذلك: البحر المحيط ٦/ ١٥٤، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية للبرزنجي ٢/ ١٥٨.

الباب الثالث

تقرير التوصِيف القضائي

«تقرير تَوْصِيف الأَقضِيَة»

وفيه تمهيد، وخمسة فصول:

التمهيد: المراد بتقرير التَّوْصِيف القضائي وبيان محله ووقته وضوابطه.

الفصل الأول : أصول التَّوْصِيف القضائي ووسائله ووحدته وتجزئته وتَعَدُّده أَوْ تضاده أَوْ اتفاقه.

الفصل الثاني : وظيفة الخصم والبينة والقاضي في التَّوْصِيف القضائي.

الفصل الثالث: طريقة تقرير التَّوْصِيف القضائي وفحص التَّوْصِيف.

الفصل الرابع: التَّوْصِيف القضائي والحكم القضائي.

الفصل الخامس: مراحل التَّوْصِيف القضائي.

التمهيد

المراد بتقرير التَّوْصِيف ومحله ووقته وضوابطه

مدخل

سبق الحديث عن طرفي التَّوْصِيف، وهما: الحكم الكلي الفقهي ـ معرفات وحكم ـ ، والواقعة القضائية، كما سبق الحديث عن صفة تنقيح الواقعة القضائية، وإثباتها، واستخلاصها، وعن طرق تفسير الحكم الكلي الفقهي، والواقعة القضائية، وكل ذلك يُعَدُّ تهيئة لتقرير تَوْصِيف الواقعة القضائية بتنزيل الحكم الكلي المفسَّر على الواقعة القضائية المفسَّرة.

المراد بتقرير التَّوْصِيف القضائي:

هو قرار القاضي بانطباق الأوصاف المقررة في الحكم الكلي على الواقعة القضائية الثابتة بطرق الحكم المقررة.

محل تقرير التَّوْصِيف القضائي:

القاضي لا يحكم إلاَّ بعد أَنْ يعلم الوقائع المدعاة، فإذا علم ما وقع على حقيقته انتقل إلى تَوْصِيف الواقعة فحكم بما يجب من الحكم الشرعي[1].

---

(١) إعلام الموقعين ١/ ١٠٥، مزيل الملام ٢٦.

ولذا فإن محل تقرير التَّوْصِيف هي الوقائع القضائية المنقحة الثابتة بأدلة الإثبات وطرق الحكم والمستمدة من أقوال الخصوم ودفوعهم، وبيناتهم، مراعى في ذلك طلبات الخصوم، أَوْ آخر الطلبات عند العدول عنها، أَوْ تعديلها حيث ساغ ذلك؛ لأَنَّ الدعوى إذا كانت في شيء فليس للقاضي العدول عنه والحكم بغيره، فالقاضي لا يقضي بشيء لم يطلبه الخصم في الدعوى(١)، وهذا في الحقوق الخاصة؛ لأن للخصم السير في دعواه أَوْ تركها، لكن إذا انتهى التَّوْصِيف للدعوى بما يَصِحُّ سماعه حِسْبة بدون دعوى كالطلاق، والحدود، والتعزيزات، ونحوها(٢)، فإنَّ القاضي يقضي بما تقرر لديه من التَّوْصِيف غير مراع مخالفة التَّوْصِيف المتقرر للطلب في الدعوى، أَمَّا لو كانت الدعوى في حق خاص وتَوْصِيف الدعوى المتقرر لم يطابق الطلب كلاًّ أَوْ بعضاً، بل خالفه سواء كان طلب المدعي أَمْ المدعى عليه فإنَّ التَّوْصِيف لا ينتج أثره حالاً.

وعلى القاضي إفهام الخصم بذلك مدعياً أَوْ مدعى عليه، فإن تمسك بطلبه ولم يُعَدِّله ردّ دعواه، لكن لو عدَّل الخصم طلبه وساغ التعديل جاز الأخذ بالتَّوْصِيف المتقرر، ولم يُلْزم باستئناف الدعوى بطلب جديد موافق للتَّوْصِيف المتقرر؛ لما في ذلك من حفظ للجهد المبذول في القضية من قِبَل القاضي والمتخاصمين.

---

(١) موجبات الأحكام ٧٠، ٧١.

(٢) مغني ذوي الأفهام ٢٣١، ٢٣٦، الروض المربع ٧/ ٣٤٧، وسائل الإثبات ٥١.

وقت تقرير التَّوْصِيف القضائي:

إنَّ التَّوْصِيف القضائي الموضوعي ــ وهو المراد عند الإطلاق ــ لا يكون تقريره إلَّا بعد استيفاء الدعوى، والإجابة، ودفوع الطرفين، وحججهما، وبيناتهما، والإعذار في البينات من الشهادة والشهود ونحوهما، واختتام المرافعة، فيقوم القاضي بعد ذلك بتحديد الحكم الكلي وتفسيره، واستخلاص الوقائع وتفسيرها والتحقق من انتفاء موانعها، ثم بعد ذلك ينتقل لتقرير تَوْصِيف الواقعة[1].

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم إلَّا بنوعين من الفهم؛ **أحدهما**: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والعلامات حتى يحيط به علماً، **والنوع الثاني**: فهم الواجب في الواقع، وهو حكم الله الذي حكم به في كتابه أَوْ على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر»[2].

فتَوْصِيف الواقعة إنما يكون بعد تحقق وجودها وتأثيرها، فعلى القاضي العلم أولاً بما وقع، ثم تَوْصِيف الواقعة بما يجب[3].

---

(١) انظر: التَّوْصِيف النهائي في الموضوع الرابع من تمهيد الكتاب.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٨٧ ــ ٨٨.

(٣) إعلام الموقعين ١/ ١٠٥.

ضَوَابِط تَوْصِيف الأَقْضِيَة:

للتَّوْصِيف الْقَضَائِي ضوابط تجب مراعاتها، وهي:

١ ـ أَنْ يكون الحكم الكلي الفقهي الموصّف به مبنيّاً على أصل شرعي:

فالعلم بالحق مقدمة للحكم به، والقاضي لا يستطيع أَنْ يحكم فيما يقع إلاَّ بعد العلم بما يجب، فعلى القاضي إذا أراد تَوْصِيف الواقعة تحديدُ الحكم الكلي الفقهي الملاقي لها بالاجتهاد بناء على أصوله الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع وغيرها من أدلة شرعية الأحكام، أَوْ باتباع عالم سبق أَنْ قرر حكم المسألة بدليلها، أَوْ بالتقليد[١]، جاء في الاختيارات: «ويجب أَنْ يَنْصِب ـ يعني القاضي ـ على الحكم دليلاً، وأدلة الأحكام من الكتاب، والسنة، والإجماع، وما تكلم الصَّحَابَة والعلماء به إلى اليوم»[٢].

فإذا حدد القاضي الحكم الكلي المبني على أصوله فقد حقق ضابطاً من ضوابط التَّوْصِيف.

وعلى القاضي عند تَوْصِيف الواقعة تحديد الحكم الكلي

---

(١) إعلام الموقعين ٤/ ١٧٣، الثبات والشمول ٢٦٥، تخريج الفروع على الأصول لشوشان ١/ ٥١١، وانظر: الفصل الرابع من الباب الأول.

(٢) ص٣٣٣، ومعنى قوله: «إلى اليوم» يعني زمن ابن تَيْمِيَّة المتوفى عام (٧٢٨هـ). اهـ، ولا يعني ذلك عدم الإفادة ممن جاءوا بعده.

الملاقي لها بالرجوع إلى نَصِّه، والتحققِ من الشروط والأوصاف المقتضية له من مظانها، ولا يكتفي القاضي بحفظه للنَّصِّ؛ لأَنَّه ربما فاته قيد أَوْ وصف مؤثر.

٢ ـ أَنْ يكون الحكم الكلي مفسراً:

إذا كان الحكم الكلي قد ورد في عبارات تحتاج إلى تفسير وبيان فلا بُدَّ من تفسيره قبل التَّوْصِيف به سواء أكان نَصُّ الحكم من كتاب أَمْ من سنة أَمْ من كلام أهل العلم، فإنَّه لا يكفي في الحكم الكلي تقريره، بل لا بُدَّ من بيانه وتفسيره حتى يكون عند التَّوْصِيف مفهوماً ظاهر المعنى.

ولا بُدَّ عند التفسير من الاعتماد على طرق تفسير الحكم المقررة، وسبق بيانٌ مفصَّلٌ لذلك[١].

٣ ـ أَنْ تكون الواقعة القضائية مؤثرة في الحكم القضائي:

إنَّ الواقعة القضائية هي محل التَّوْصِيف، فلا بُدَّ أَنْ تكون مؤثرة في موضوع النزاع، فإذا لم تكن مؤثرة مطلقاً، أَوْ كانت مؤثرة ولكن لا تأثير لها في موضع النزاع فإنَّها تكون طردية غير صالحة للتوصيف[٢]، وللواقعة المؤثرة

---

(١) انظر: الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) انظر: أقسام الواقعة القضائية في المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الثاني.

شروط مقررة سبق ذكرها[1].

٤ ـ ثبوت الواقعة بطرق الحكم المقررة شرعاً:

القضاء مبني على ثبوت الوقائع بطرق الحكم المقررة شرعاً من الإقرار والشهادة واليمين وغيرها مما دَلَّ على ثبوت الحق من غير حصر، ولذلك قال الفقهاء: القاضي أسير الحجج والبينات.

فليس للقاضي تَوْصِيف الأَقْضِيَة من دون نظر في ثبوتها، فبالبينة تحدد الواقعة التي ينكرها الخصم، ومنها يقرر أَوْ يستنبط القاضي الوقائع والأوصاف المؤثرة في الحكم، فالمتنازع فيه تظهره البينات وتبين أوصافه[2].

وقد سبق بيان طرق إثبات الوقائع، وضوابطها، وشروط الواقعة المثبتة ـ التي يراد إثباتها[3] ـ، واستنباط الواقعة المؤثرة، وشروطه[4]، وسيأتي بيان وظيفة الشاهد في التوصيف[5].

٥ ـ وضوح الواقعة وبيانها:

لا يكفي في الواقعة تأثيرها وثبوتها، بل لا بُدَّ من وضوحها

---

(١) انظر: المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ٤٨، ٩٢، إعلام الموقعين ٤/ ١٧٤، الإحكام للقرافي ٢٦، الفروق ١/ ١٢٩ شرح عماد الرضا ١/ ٥٩.

(٣) انظر ذلك في: المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٤) انظر ذلك في: المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٥) انظر: المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثالث.

وبيانها حتى تكون مفهومة للقاضي فيستطيع تنزيل الحكم الكلي عليها، فإذا كان فيها خفاء فسرها بطرق التفسير المقررة، وقد سبق بيانٌ مفصَّلٌ لتفسير الواقعة وأصوله[1].

٦ ـ أَنْ يكون التوصيف ملاقياً للدعوى والطلبات المستوفية لشروط صِحَّتِها:

إنَّ القاضي يكون أمام دعوى وإجابة ودفوع وطلبات لا بُدَّ من الفصل فيها، ولذلك فإنَّ التَّوْصِيف الذي يقرره القاضي لا بُدَّ أَنْ يكون ملاقياً للدعوى والإجابة مراعى فيه الدفوع والطلبات، لا يغفل عنها ولا يهدرها، فليس للقاضي إذا كانت الخصومة في شيء أَنْ يدعه ويقضي في غيره[2]، وهذا في جميع الحقوق الخاصة، وأَمَّا حق الله نحو الطلاق والتعزيز والحدود فلا يلزم فيه ذلك، بل يكفي فيه ملاقاته للبينات القضائية، ولذلك قال الفقهاء: تَصِحّ الشهادة بحق الله من غير تقدم دعوى؛ لأنَّ شهادة الشهود بها دعوى[3]، كما قالوا: إنَّ إقامة التعزير لا يحتاج إلى مطالبة[4].

---

(١) انظر: الفصل الثالث من الباب الثاني.

(٢) موجبات الأحكام ٧٠ ـ ٧١، الفواكه البدرية ١٤٤، مغني ذوي الأفهام ٢٢٣.

(٣) الكشاف ٦/ ٣٣١، شرح المنتهى ٣/ ٤٨١.

(٤) شرح المنتهى ٣/ ٣٦١، الروض المربع ٧/ ٣٤٧.

وإنَّما قلنا في الدعوى والطلبات التي يشترط ملاقاة التَّوْصِيف لها أَنْ تكون مستوفية لشروط صِحَّتِها إشارة إلى أَنَّها إذا لم تستوف شروطها فإنَّها لا تصلح للتَّوْصِيف؛ وذلك حيث اشترط لها الدعوى، فإذا لم تَصِحّ الدعوى لم يَصِحّ التَّوْصِيف؛ لأَنَّه لم يصادف محلاً صالحاً، وسواء عادت شروط الدعوى لتأثير الواقعة في الحكم القضائي[1] أَمْ عادت لشروط أخرى من التصريح بالطلب والجزم به، وكونِها عند ذي ولاية مختص بسماعها[2].

٧ ــ اشتراك الواقعة القضائية مع الحكم الكلي في الأوصاف المؤثرة:

إنَّ التَّوْصِيف القضائي يتم بانطباق الأوصاف المؤثرة المقررة في الحكم الكلي على الأوصاف المؤثرة المقررة في الواقعة القضائية، وبغير ذلك لا يتم التَّوْصِيف، ولذلك كان اشتراك طرفي التَّوْصِيف ــ الحكم الكلي الفقهي والواقعة القضائية ــ في الأوصاف المؤثرة في الحكم أمراً لا بُدَّ منه في تحقق التَّوْصِيف، فهو لا يتم إلاَّ بذلك، وسبق بيان مفصل عن تنقيح الوقائع القضائية[3]، وصفة تقرير تَوْصِيف الواقعة القضائية[4].

---

(١) انظر هذه الشروط في: المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٢) انظر في تفصيل شروط الدعوى كتاب: نظرية الدعوى ١/ ٢٧١ ــ ٤٢١.

(٣) انظر ذلك في: المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

(٤) انظر ذلك في: المبحث الأول من الفصل الثالث من الباب الثالث.

٨ ــ مراعاة أصول التوصيف:

التَّوْصِيف عمل قضائي لا ينظر فيه إلى الأحكام الكلية مجردةً من أحوال الوقائع وآثارها، بل نظر ذلك لا بُدَّ منه، وذلك حتى لا ينساق القاضي وراء أمر قد يظهر له من دون تبصر في آثاره، ولا نظرٍ إلى باطنه وقرائن أحواله التي تعينه في الوصول إلى الحقيقة وتنزيل الحكم الكلي على الواقعة المنظورة لديه، بل عليه مراعاة ذلك جميعــه، وسيـأتـي تفصيـل لأصـول التَّـوْصِيـف وبيـان للمـراد بهـا وثمرتها[1].

وتقرير التَّوْصِيف له أصول ووسائل، كما أن للخصم والبينة والقاضي أثراً فيه، وله مراحل يبدأ بها وينتهي إليها، كما أن له صلة بالتسبيب والنقض، وكل ذلك سوف يأتي بيانه في الفصول التالية إن شاء الله.



---

(١) انظر ذلك في: المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثالث.

الفصل الأول

أصول التوصيف القضائي ووسائله ووحدته وتجزئته وتَعَدُّده واتفاقه وتضاده

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أصول التَّوْصِيف القضائي.

المبحث الثاني: وسائل التَّوْصِيف القضائي.

المبحث الثالث: وحدة التَّوْصِيف القضائي وتجزئته وتَعَـدُّده واتفاقه وتضاده.

المبحث الأول

أصول التَّوْصِيف القضائي

وفيه تمهيد وخمسة مطالب:

التمهيد: المراد بأصول التَّوْصِيف القضائي وثمرتها.

المطلب الأول: الأصل الأول: النظر في مآلات الوقائع عند التَّوْصِيف.

المطلب الثاني: الأصل الثاني: مراعاة مقصد الشرع وحكمة التشريع عند التوصيف.

المطلب الثالث: الأصل الثالث: مراعاة الفروق بين الوقائع والأشخاص عند التوصيف.

المطلب الرابع: الأصل الرابع: مراعاة الضرورات والحاجات عند التوصيف.

المطلب الخامس: الأصل الخامس: مراعاة درء الحدود والقصاص بالشبهات عند التَّوْصِيف.

التمهيد

المراد بأصول التَّوْصِيف القضائي وثمرتها

المراد بأصول التَّوْصِيف القضائي:

هي طائفة من القواعد والضوابط تعين القاضي على تحديد الحكم الكلي الملاقي للدعوى وتنزيله على الواقعة القضائية.

فهي أمور كلية يقصد بها ضبط الاجتهاد القضائي ببيان طريقة التَّوْصِيف التي يكون بها إجراء الحكم الكلي على محله من الوقائع مراعياً خصوصية كل واقعة وما يحفّ بها من أحوال ومقتضيات تؤثر في ضبط التَّوْصِيف وتقريره، وقد تقتضي هذه الأصول زيادة قيد في الحكم الكلي، أَوْ حذفه، أَوْ الانتقال من حكم كلي إلى آخَر أكثر ملاءمة لحل النزاع.

ثمرة أصول التَّوْصِيف القضائي:

تظهر ثمرة أصول التَّوْصِيف في أَنَّها تعين القاضي على تحديد الحكم الكلي الملاقي للواقعة والذي يجري توصيفها عليه، وذلك

بتمييزه من عدة أحكام مشابهة له أَوْ متداخلة معه، أَوْ باستنباطه بالاجتهاد.

كما تعين على ضبط التَّوْصِيف الذي يجري تقريره بإجراء الحكم الكلي على محله من الوقائع، فتعين بذلك على تحديد نطاق تطبيق الحكم الكلي على الوقائع.

كما أن تلك الأصول التي سوف يأتي ذكرها تُعَدُّ قواعد مشتركة في تفسير الأحكام الكلية والوقائع القضائية[1] تنضاف إلى ما سلف من طرق تفسيرهما[2]، ولذا فإن للوقوف عليها أهمية كبيرة.

وبيان هذه الأصول في خمسة مطالب متعاقبة.

❑ ❑ ❑

(١) التشريع الجنائي ١/ ٢٠٧، نظرية المصلحة لحسان صفحة: م، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ١٨٨، المناهج الأصولية ٧١.

(٢) سبقت في الفصل الخامس من الباب الأول والفصل الثالث من الباب الثاني.

المطلب الأول

الأصل الأول

النظر في مآلات الوقائع عند التَّوْصِيف

ونبيِّن في هذا المطلب النظر في مآلات الوقائع عند التوصيف، ومسالكَ ذلك في عنوانين متتاليين:

النظر في مآلات الوقائع عند التَّوْصِيف:

النظر في مآلات الأفعال (الوقائع) مأموراً بها، أَوْ منهياً عنها أمرٌ لا بُدَّ منه عند توصيفها والحكم فيه، فهو مقصود شرعاً.

فإذا كان الفعل يؤدي إلى أمر غير محمود شرعاً منع على المكلف وإن كان في أصله جائزاً أَوْ واجباً.

فقد ترك النبي ﷺ قتل المنافقين مع علمه بهم، وذلك حتى كما يقول النبي ﷺ فيما رواه جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ: **«لا يتحدَّث الناس أنَّ محمَّداً يقتل أَصْحَابه»**[1].

---

(١) متفق عليه، واللفظ لمسلم؛ فقد رواه البخاري (الفتح ٦/٥٤٦)، وهو برقم ٣٥١٨، كما رواه مسلم (٤/١٩٩٨ ـ ١٩٩٩)، وهو برقم ٢٥٨٤.

ومراعاة هذا الأصل ـ أعني النظر في المآلات ـ عند تَوْصِيف الأَقْضِيَة بتنزيل الأحكام الكلية على الوقائع معدود من صفات أهل الرسوخ في العلم؛ يقول الشاطبي ـ في بيان صفة العالم الراسخ ـ : «إنَّه ناظر في المآلات قبل الجواب على السؤالات»[1].

فالقاضي ـ بل والمفتي ـ وهو يوصف الواقعة لا بُدَّ له من التبصر في التَّوْصِيف بأَنْ يقدر عواقب ما يقرره ناظراً إلى أثره أَوْ آثاره، فإن لم يفعل كان عمله خطأً مضيعاً للحقوق أدخله في الشرع اعتماداً منه على تأويل ظهر له لم يلتفت فيه إلى عواقبه ومآلاته[2].

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهه في كليات الأحكام ـ أضاع حقوقاً كثيرة على أَصْحَابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، لا يَشُكُّون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»[3].

فعلى القاضي وهو يوصف الواقعة بتنزيل الأوصاف الكائنة في الحكم الكلي عليها أَنْ ينظر نظراً خاصاً في الحكم الذي حدده لتطبيقه

---

(١) الموافقات ٤/ ٢٣٢.

(٢) الموافقات ٤/ ١٩٤، إعلام الموقعين ٣/ ٣، الطرق الحكمية ٤، فتاوى السبكي ٢/ ١٢٣، نظرية المقاصد ٣٥٢، المناهج الأصولية ٢٣٥، نظرية التعسف ١٢، ١٤، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢١٨.

(٣) الطرق الحكمية ٤.

على الواقعة، ولا يقطع نظره عن النظر في مآل الواقعة لو طبق عليها ذلك الحكم الكلي، بل عليه مراعاة مآل الواقعة، فإن ظهر له عدم المواءمة بين الحكم الكلي ومآله على الواقعة أعاد النظر مرة أخرى في ملاقاة الحكم للواقعة، وطلب غيره مما يكون أقعد بمراعاة مآلها، أَوْ أضاف على الحكم، أَوْ حذف منه من القيود ما يحقق النظر في ذلك المآل طلباً أَوْ منعاً.

وإن رأى المواءمة بينهما طبقه على الواقعة، وحكم وألزم، يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقةً أَوْ مخالفةً، وذلك أَنَّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أَوْ الإحجام إلاَّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تُسْتَجْلب، أَوْ لمفسدة تُدْرَأ»[١].

إن على القاضي وهو يقوم بتنزيل الأحكام الكلية المجردة على الوقائع القضائية أَنْ يلحظ ظروف، وأحوال، وملابسات، ومآلات الواقعة، وآثارها، فيعمل على المواءمة بين مقتضيات الحكم الكلي مجرداً وبين الواقعة القضائية لاحظاً ما ذكرنا[٢].

ومن صور ذلك أَنَّ الحكم إذا كان يؤدي في مآله إلى الفتنة والفساد على الدين أَوْ الأمة فإنَّ القاضي يتوقى ذلك المآل بالقيود

(١) الموافقات ٤/ ١٩٤.

(٢) الطرق الحكمية ٤، نظرية التعسف ١٩، مصادر المعرفة ٤٢٩ ــ ٤٣٠.

الدافعة له زيادةً أَوْ نقصاً، أَوْ يَعْدِل عنه إلى تَوْصِيف وحكم آخر؛ يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ) ــ في الرد على الذين أنكروا عليه الفتيا في بعض المسائل، وقرروا حبسه إذا لم يمتنع عن ذلك ــ : «إن هذه الأحكام مع أَنَّها باطلة بالإجماع فإنَّها مثيرة للفتن، مفرقة بين قلوب الأمة، متضمنة للعدوان على المسلمين، والحكمُ بما أنزل الله فيه صلاح الدنيا والآخرة، والحكمُ بغير ما أنزل الله فيه فساد الدنيا، والآخرة، فيجب نقضه بالإجماع»[1].

ولا يعني النظر في المآلات عند الحكم والفتيا أَنَّ القاضي أَوْ المفتي يعمل استحسانه العقلي مجرداً من النُّصُوص الشرعية وأصول الشريعة، فمن فعل ذلك فهو مُتَشَهٍّ قد ردّ الناس إلى هواه، وجعل طلب غير الشريعة مبتغاه، وكان آثماً مأزوراً غير مأجور؛ يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «فمن استحل أَنْ يحكم بين الناس بما يراه هو عدلاً، من غير اتباع لما أنزل الله فهو كافر، فإنَّه ما من أمة إلاَّ وهي تأمر بالحكم بالعدل، وقد يكون العدل في دينها ما رآه أكابرها»[2].

ويقول الجويني (ت: ٤٧٨هـ): «من ظنَّ أَنَّ الشريعة تتلقى من استصلاح العقلاء ومقتضى رأي الحكماء فقد ردَّ الشريعة، واتخذ كلامه هذا إلى رد الشرائع ذريعة»[3].

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٠٢.

(٢) منهاج السنة ٥/ ١٣٠، مجموعة التوحيد ــ الرسالة الثانية عشرة ٥٩.

(٣) الغياثي ٢٢٠.

والمعتد به في المآلات ما شهد له الشرع طلباً أَوْ منعاً بِنُصُوص الشريعة وأصولها حسب المسالك الشرعية، وبيان ذلك في العنوان التالي:

مسالك النظر في المآلات:

للنظر في المآلات مسالك، أبرزها ما يلي[1]:

١ ـ سد الذرائع:

والمراد به: منع المباح أَوْ المشروع إذا أدى إلى مفسدة أعظم من مصلحته، فإذا أدى تحصيل الأمر المباح أَوْ المشروع إلى أمر ممنوع مُنع طلبه وتحصيله.

ومن ثَمَّ ينتقل القاضي في تقرير توصيفه وحكمه من تَوْصِيف وحكم إلى آخر يتلافى به ذلك المآل الممنوع، وما ذلك إلاَّ لأَنَّ الواقعة بهذا المآل أدْخَل في حكم كلي فقهي من آخر.

فسد الذرائع منهج للتطبيق يسدد خُطَا القاضي والمفتي، ويعصمهما ـ بتوفيق الله ـ من الخطأ في الفهم والتطبيق على الوقائع الجزئية، ويجري به المواءمة بين الأحكام الكلية المجردة، والوقائع بأحوالها وظروفها وملابساتها[2].

---

(١) الموافقات ٤/١٩٤ ـ ٢١١، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٢١ ـ ٢٢٣.

(٢) الموافقات ٤/١٩٨، ١٩٩، النوازل للعلمي ٩١، شرح المنتهى ٢/٢٠٣، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٢٥، نظرية التعسف في استعمال الحق ١٩.

٢ ــ منع الحيل:

والمراد بالحيلة: إظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرم شرعاً[١].

فكل حيلة هدمت أصلاً شرعياً، أَوْ ناقضت مصلحة شهد لها الشرع بالاعتبار فهي ممنوعة[٢].

فالوقائع منظور إليها بأَنْ تكون جارية على حقائقها ومعانيها الشرعية، لا على صورها وأشكالها، فإذا أظهر الخصم صورة من التعامل ظاهرها الإباحة، ولكنه قصد بها ما حقيقته الحظر والمنع أعطينا هذه الواقعة وصفها الشرعي الحقيقي المقتضي للحظر والمنع[٣].

وذلك كمن ينكح امرأة لا رغبة له فيها، وإنما قصد إحلالها لزوجها الذي طلقها فنكاحه لها باطل، ولا تحل لمطلقها بهذا النكاح، فيوصف القاضي الواقعة بأَنَّها نكاح تحليل، لا نكاح مشروع.

فقصد الشارع من المكلف أَنْ يكون قصده في العمل موافقاً

---

(١) الموافقات ٤/ ٢٠١، ٢/ ٣٧٨، مقاصد الشريعة ١١٠، الحيل في الشريعة الإسلامية للبحيري ٣١، الكشاف ٣/ ٢٧٣.

(٢) الموافقات ٢/ ٣٨٧، الكشاف ٣/ ٢٧٢.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/ ١٢٥، الكشاف ٣/ ٢٧٢، مقاصد الشريعة لابن عاشور ١١١، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٢٧.

لقصده في التشريع، فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، ومخالفتها استهزاء بالكتاب المنزل، ومشاقة للرسول ﷺ[1].

٣ ــ الاستحسان:

وهو عند الأصوليين: العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل شرعي[2].

والمراد به هنا: العدول بالواقعة من تَوْصِيف إلى آخر لمقتضٍ شرعي.

فالواقعة القضائية قد يصرف تنزيلها على حكم كلي يجري على نظائرها إلى حكم كلي آخر؛ لأن تنزيلها على الأول يؤدي إلى مفسدة، أَوْ فوات مصلحة بخصوص هذه الواقعة، ويجري عليها حكم وتَوْصِيف آخر يدفع عنها تلك المفسدة، أَوْ يحقق لها تلك المصلحة المؤثرة[3]، فالمسألة إذا تجاذبتها الأصول ألحقت بأقربها شبهاً، وقد تضاف أَوْ تحذف بعض القيود في الحكم الكلي ليلائم الواقعة محل التَّوْصِيف.

---

(١) الموافقات ٢/ ٣٣١، ٣٤٤.

(٢) شرح مختصر الروضة ٣/ ١٩٧، مختصر التحرير ٩٨.

(٣) الموافقات ٤/ ٢٠٥، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٢٨ ــ ٢٢٩، نظرية التعسف ٩ (الحاشية).

٤ ــ مراعاة الخلاف:

والمراد به: الأخذ بالقول المرجوح وترك الراجح في الحكم المقرر فقهاً مراعاة للواقعة المراد توصيفها لمقتض شرعي.

وقد سبق بيان ذلك وشروطه في تقرير الحكم الكلي[١]، فالواقعة المعينة إذا أراد القاضي توصيفها، وتنازعها قولان للعلماء، وكان حملها على القول المرجوح أصلح أُجْرِي توصيفها وتنزيلها عليه استثماراً للخلاف في معالجة المفسدة[٢].

وليس ذلك عدولاً مجرداً عن القول الراجح إلى غيره، بل الأخذ بهذا القول المرجوح في هذه الواقعة المخصوصة يُعَدُّ راجحاً؛ لأَنَّ الواقعة قد اشتملت على وصف مؤثر ــ زيادة أَوْ نقصاً ــ سَوَّغ العدول لهذا القول فصار الخلاف بين القولين كأَنَّه اختلاف تنوع لا اختلاف تضاد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مراعاة الخلاف يعود إلى الاستحسان؛ إذ هو صورة من صوره؛ لأَنَّ الحال إذا اقتضى العدول بالواقعة إلى تَوْصِيف وحكم آخر كان من وسائل ذلك مراعاة الخلاف، **ونذكر بعض الأمثلة على ذلك:**

---

(١) انظر ذلك في المطلب الأول من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

(٢) الموافقات ٤/٢٠٣، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٣٠.

(أ) إذا توفي رجل وخلف ورثة منهم زوجته التي نكحها بدون ولي بل أنكحت نفسها ومكثت معه مدة طويلة، وادعى بعض الورثة بعد وفاة زوجها منعها من الإرث لفساد نكاحها ــ فإنَّ الصَّحِيح من مذهب الحنابلة أَنَّها لا ترث في النكاح الفاسد[1]، ولكن ثَمَّ ملحظ في الواقعة وهو دخول الزوجة في أصل النكاح على الحقوق الزوجية ومنها التوارث، فيقضي القاضي بإرثها منه أخذاً بالقول الآخر بالتوراث بينهما[2]؛ مراعاة للخلاف، وقد وقعت، وحكم فيها بعض القضاة بذلك مراعاةً لما ذكرنا.

(ب) من اشترى عيناً وظهر بها نقص في ذرعتها فللمشتري الخيار إذا جهل الحال وفات غرضه، وهذا هو المذهب عند الحنابلة[3].

ويرى ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ) ــ في مطلق الرد بخيار العيب إذا كان السعر قد نقص نقصاً فاحشاً ولم يدلس البائع على المشتري ــ : أَنَّ المشتري مخير بين أخذ أرش العيب من البائع، أَوْ يرد العين ومعها أرش نقص سعرها عنده[4].

وقد وقعت هذه النازلة عند رخص أسعار العقار بالرياض في

---

(١) الإنصاف ٧/ ٣٠٥، حاشية المقنع ٢/ ٤٠٢.

(٢) المرجعين السابقين، الموافقات ٤/ ١٥٠.

(٣) المغني ٦/ ٢١١ ــ ٢١٢ (ط: هجر)، الروض المربع ٤/ ٤١٠.

(٤) الفتاوى السعدية ٣٩١، المختارات الجلية ٢٥٩.

بعض السنين، فصار بعض المشترين يدعي الخيار بهذا العيب ـ نقص الذرعة ـ ويطلب إعادة ثمن المبيع له، وأخذ بعض القضاة بقول ابن سعدي مراعاةً للخلاف، وسداً لذرائع إفساد العقود بحيل ظاهرة.

وهو اتجاه سديد يُفَوِّت على المشترين حيل فسخ العقود لأجل نقص قيمة العقار تذرعاً بنقص ذرعته.

(ج) ذكر ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ) من الحيل المنكرة: أَنْ يقتل رجلٌ حماتَه ـ أَمْ زوجته ـ فيجب عليه القصاص، فيقوم بقتل زوجته التي له منها أولاد حتى يسقط القصاص عنه، وهذه الحيلة لا تسقط القصاص، بل وجوبه قائم؛ قال ابن القَيِّم: «لو قيل بتحتم قتله ولا بُدَّ إذا قصد هذا لكان أقرب إلى العقول والقياس»[١].



(١) إعلام الموقعين ٣/ ٣٤٣.

المطلب الثاني

الأصل الثاني

مراعاة مقصد الشرع وحكمة التشريع

عند التَّوْصِيف

سبق بيان المراد بالمقاصد، وحكمة التشريع، وأَنَّها المعاني والحِكَم العامة أَوْ الخاصة التي يسعى الشرع لتحقيقها لمصالح العباد في الدارين.

كما سبق بيان أقسامها من جهة كونها كلية أَوْ جزئية، وأَنَّها عامة وخاصة وجزئية، وبيان أقسامها من جهة كونها ضرورية أَوْ حاجية أَوْ تحسينية، وبيان حاجة القاضي إليها عند تفسير النُّصُوص والأحكام الكلية[1]، ونبين هنا مراعاة مقصد الشرع وحكمة التشريع عند التوصيف، وبعض الأمثلة التي توضح ذلك في عنوانين متتاليين:

---

(١) انظر ذلك في المطلب الثالث من المبحث السادس من الفصل الخامس من الباب الأول.

مراعاة مقصد الشرع وحكمة التشريع عند التَّوْصِيف:

إنَّ القاضي ـ بل والمفتي ـ وهو يوصف الواقعة عليه مراعاة مقاصد الشرع وحكمته، فالشرع له مقاصد في الأحكام، سواء كانت هذه المقاصد عامةً، أَمْ خاصة، أَمْ جزئية، وإذا كانت معرفة مقاصد الشرع في مجال تفسير الأحكام الكلية من الأهمية بمكان فإن معرفتها عند تَوْصِيف الأَقْضِيَة لا يقلّ أهمية عن ذلك، فهي تعين القاضي على تحديد التَّوْصِيف ابتداءً، كما ترجح بعضها على بعض عند تَعَدُّد الاحتمالات فيها؛ ذلك أن تنزيل الحكم الكلي على الأعيان والوقائع مشخصة يتطلب نظراً خاصًّا يراعي فيه خصوصية الواقعة بأحوالها، وظروفها، وملابساتها، ومقاصدُ الشريعة وحكمتها من وراء ذلك تحوطه وتوجهه، فتعين على معرفة قبول المحل للحكم الكلي وتوصيفه عليه، أَوْ عدم قبوله لذلك.

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث ـ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل»[1].

(١) إعلام الموقعين ٣/٣.

فالمنافع والمضارّ التي تبنى عليها مقاصد الشرع وحكمته إضافية، بمعنى أَنَّها منافع أَوْ مضارّ في حال دون حال، ولشخص دون شخص، أَوْ في وقت دون وقت[1]، فمعرفة مقاصد الشرع وحكمته في الواقعة مما يرجح احتمالاً على آخر في التفسير، وقولاً على آخر عند الاختلاف، وهو مما يعين على تحديد التَّوْصِيف الملاقي للواقِعة.

بعض الضوابط والأمثلة التي تبين أثر المقاصد والحِكَم عند التَّوْصِيف:

نذكر ضوابط وأمثلة تبين أثر المقاصد والحِكَم في تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع القضائية فيما يلي:

١ ــ حفظ المال من الإهدار ما أمكن:

لقد جاءت الشريعة بحفظ الضروريات الخمس من الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال، سواء كان ذلك في جانب الوجود أَمْ العدم.

وحفظ المال يكون بتنميته وإصلاحه حتى لا يفنى، كما يكون بدفع العوارض عنه وتلافي هذه العوارض عند حدوثها بالزجر،

(١) الموافقات ١/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢/ ١٦٣، ١٦٧، ٣٨٥، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب ٢٠٧، ٢١٢، ٢١٣، نظرية التعسف ١٤، ١٥، المناهج الأصولية ٦ ــ ٧، ٨٥.

والحد، والضمان[1]، فحفظ المال من الإهدار مقصد مقرر في الشريعة، يَدُلُّ له حديث ابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ أَنَّه قال: **«تُصُدِّقَ على مولاة لميمونة بشاة، فماتت، فمر بها رسول الله ﷺ فقال: هلاّ أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به، فقالوا: إنَّها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها»**[2].

قال الزركشي (ت: ٧٩٤هـ): «إن فيه احتياطاً للمال، وأَنَّه مهما أمكن أَلاَّ يضيع فلا ينبغي أَنْ يضيع»[3].

ولذلك أمثلة، منها:

(أ) أن من بنى في أرض غيره خطأً، أَوْ اشترى من غاصب أرضاً ولم يعلم بالحال، ثم غرس فيها، فقام صاحبها يدّعيها فالمَنْصُوص عن أحمد: أَنَّ الغرس يتملك بالقيمة، ولا يقلع مجاناً، وهو الصَّحِيح عنده، ولا يثبت عنه سواه، ويخير مالك الأرض بين تملك البناء أَوْ الغراس بقيمته وبين التنازل عن الأرض بقيمتها لمالك البناء أَوْ الغراس[4]، وفيه مراعاة حفظ المال من الإهدار، وهو الذي يجري به العمل الآن.

---

(١) الموافقات ٢/٤٧، ٥٠، نظرية المقاصد ١٥٢ ــ ١٦٠.

(٢) متفق عليه؛ فقد رواه البخاري (الفتح ٤/٤١٣)، وهو برقم ٢٢٢١، ومسلم ١/٢٧٦، وهو برقم ٣٦٣.

(٣) البحر المحيط ٦/٢٢٣.

(٤) القواعد لابن رجب ١٤٨.

(ب) أن من غصب خشبة ونحوها ثم بنى عليها، ولا يمكن ردها لمالكها عند مطالبته إلاَّ بهدم البناء الذي كلف الغاصب أضعاف قيمة الخشبة فإنَّ الخشبة تُقَدَّر بقيمتها، وتُسَلَّم القيمة لصاحبها، ولا ينقض البناء[1] صيانة للمال، وحفظاً له من الإهدار ما أمكن.

ولو رأى الحاكم مع ذلك في حال الغصب تعزيره بإضعاف الغرم عليه وعقوبة مناسبة جاز[2]؛ ويَدُلُّ على ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضي الله عنه ـ : «**أن رجلاً من مزينة أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، كيف ترى حريسة الجبل[3]؟ قال: هي ومثلها والنكال[4]، وليس في شيء من الماشية قطع إلاَّ فيما آواه المراح[5] فبلغ ثمن المجن[6] ففيه قطع اليد، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه[7] وجلدات نكال، قال: يا رسول الله، كيف**

---

(١) الغياثي ٤٩٧.

(٢) الحسبة لابن تيمية ٥٥، القواعد والأصول الجامعة ٨٣.

(٣) المراد بحريسة الجبل: الشاة المسروقة من المرعى [حاشية السندى على سنن النسائي ٨/ ٨٥].

(٤) النكال: العقوبة [حاشية السندى ٨/ ٨٦].

(٥) المراح: المحل الذي ترجع إليه الماشية، وتبيت فيه [حاشية السندي ٨/ ٨٥].

(٦) المجن: الترس وهو من آلة المحارب، من الجنة، وهي السترة [النهاية في غريب الحديث ٤/ ٣٠١].

(٧) مثليه: تثنية مثل، وقد جاء بالإفراد في بعض نسخ أبي داود [حاشية السندي ٨/ ٨٦].

ترى في الثمر المعلق؟ قال: هو ومثله معه والنكال، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع، إلاَّ فيما آواه الجرين[1]، فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال»[2].

فقد جعل النبي ﷺ على حريسة الجبل والثمر الذي آواه الجرين ولم يبلغ النِّصَاب جعل فيه غرامة مثليه وجلدات نكال؛ زجراً للآخذ، وهكذا الغاصب، بجامع الاعتداء في كل منهما.

(ج) أن من أجر مفرداً مشاعاً بينه وبين غيره لغير الشريك، وبالعين المؤجرة غراس محتاج للسقيا، واختصم المستأجر مع من لم يؤجر من الشركاء، فهل يجبر من لم يؤجر من الشركاء على إجارة المثل؟

اختلف العلماء في ذلك؛ فذهب كثير من الحنابلة إلى عدم صِحَّة إجارة المشاع لغير الشريك؛ لأَنَّه لا يقدر على تسليمه.

وخالف آخرون من الحنابلة؛ منهم أبو الخطاب (ت: ٥١٠هـ)، وابن عبد الهادي (ت: ٩٠٩هـ)، فقالوا: بِصِحَّة

---

(١) الجرين: موضع يجمع فيه التمر ويجفف، وهو كالبيدر للحنطة [شرح السيوطي لسنن النسائي ٨/ ٨٥].

(٢) رواه النسائي، واللفظ له (٨/ ٨٥)، وهو برقم ٤٩٥٩، وأبو داود (٤/ ٣٧)، وهو برقم ٤٣٩٠، قال الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول ٣/ ٥٦٦: «وإسناده حسن».

إجارة المشاع لغير الشريك، وصوبه في الإنصاف، وقال في التنقيح: وهو أظهر وعليه العمل[1].

وعليه يجبر الشريك إذا أبى الإجارة[2]، وهذا القول ظاهر في اعتبار حفظ المال من الإهدار ما أمكن.

وعلى القول الأول: لا يَصِحُّ نقض العقد في هذه الواقعة، بل يجبر الممتنع على التأجير من وجه آخر وهو أَنَّ العقار به غراس محتاج للسقيا والعمارة، ومن كان بينهما مال مشترك محتاج للإصلاح أُجْبِر الشريك على إصلاحه مع شريكه[3].

فمراعاة حفظ المال من الإهدار ما أمكن عند تَوْصِيف الأَقْضِيَة أمرٌ مقرر شرعاً.

٢ ـ ثبات التعامل بين الناس واستقراره:

ثبات التعامل بين الناس واستقراره مراعىً في الشريعة؛ لما في ذلك من صيانة الحقوق، واطمئنان المتعاقدين على تعاملهما[4]، فإذا عرض للقاضي عقد أَوْ شرط تردد توصيفه بين موجب الاستقرار والثبات في التعامل أَوْ ضده حُمِلَ على موجب الاستقرار؛ يقول ابن

(١) الإنصاف ٦/ ٣٣، التنقيح ١٦٤، الروض المربع ٥/ ٣٠٩.

(٢) مختصر الفتاوى المصرية ٣٢٣.

(٣) الروض المربع ٥/ ١٥٨.

(٤) مقاصد الشريعة ١٧٥، ١٨١، ١٨٣.

عاشور (ت: ١٣٩٣هـ): «وقد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود، كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوتات المقررة في الفقه»[١]، وهذا ما لم يعارضه ما هو أقوى منه، ومن معارضة الأقوى ما ذكره ابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ)، فقد قال: «ينبغي للقضاة إذا رفعت إليهم أمور مشكلة، ولم يجدوا لها مخرجاً أَنْ يفسخوها، ويأمروهم بالابتداء»[٢].

فإذا اختلف شخصان في عقد إجارة على عمل الإنسان مثلاً، وكانا في أوائلها لم يباشرا تنفيذ العقد، وكانت بينهما أمور مشكلة في تفسيره، فربما كان فسخه أدعى لقطع الخصومة بينهما، وأجدى في منع سوء تنفيذ العمل بينهما لو استمرا فيه مع التضاد والتشاحن، لكن لا يتم ذلك إلاَّ بعد تسبيب صَحِيح يذكر فيه مسوغ الفسخ.

وسوف أذكر بعض الضوابط والأمثلة في مراعاة ثبات التعامل واستقراره فيما يلي:

(أ) حمل العقد والشرط على الصِّحَّة ما أمكن:

فإذا صدر شرط أَوْ عقد، ووجد وجه لحمله على الصِّحَّة، حمل عليه ووصف به[٣].

---

(١) مقاصد الشريعة ١٨٣.

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٤٤.

(٣) القواعد النورانية ٢٠٦، مجلة الأحكام العدلية (م٨٣)، وشرحها لحيدر ١/ ٧٤، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٩١.

ومن ذلك: ما ذكره الحنابلة من صِحَّة اشتراط الخيار للأجنبي، وحملوه على أَنَّه اشتراط لنفسه وتوكيل للأجنبي في الخيار.

وعللوا ذلك: بأن تَصْحِيح الاشتراط ممكن، فوجب حمله على الصِّحَّة صيانة لكلام المكلف عن الإلغاء[1].

ومن ذلك: أَنَّ الأصل في العقود حملها على السلامة من المفسد، كما لو ادعى أحد المتعاقدين صغره حين التعاقد، وادعى خصمه بلوغه فالقول قول مدعي البلوغ؛ حملاً للعقد على الصِّحَّة واستكمال شروطه[2].

(ب) تَصْحِيح العقود والشروط إذا ترتب على إبطالها ضرر:

قد يتوجه في عقد أَوْ شرط إبطاله، ولكن ذلك يؤدي إلى ضرر عظيم، فيعدل القاضي عن ذلك، ويصحح العقد والشرط ما أمكن؛ دفعاً لذلك الضرر والمفسدة، ويُوَصِّف الواقعة بذلك، وذلك مثل تَصْحِيح تصرف ناظر الوقف، وولي القاصر ونحوهم مع ظهور خيانتهم إذا ترتب على إبطال تصرفهم ضرر، وهكذا تَصْحِيح تصرف البغاة إذا وافق الحق[3].

---

(١) الكشاف ٣/ ٢٠٤، المغني ٤/ ١٠٠، الاشتراط لمصلحة الغير ٢٤٥.

(٢) الفوائد الزينية ١٧٧، الطريقة المرضية ٤٦، المنثور ١/ ١٥٤، القواعد لابن رجب ٣٤١.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٥٠، قواعد الأحكام ١/ ٧٩، نظرية المصلحة لحسان ٣٠١.

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «لو قدر أن ناظر الوقف ووصيّ اليتيم والمضارب والشريك خانوا ثم تصرفوا مع ذلك فلا بُدَّ من تَصْحِيح تصرفهم في حق المشتري منهم وحق رب المال، وإلاَّ فلو أُبطل ذلك فسد عامة أموال الناس التي يتصرف فيها بحكم الولاية والوكالة؛ لغلبة الخيانة على الأولياء والوكلاء، لا سيما ويدخل في ذلك من تصرفات ولاة الأمور ما لا يمكن إبطاله، والشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، فلا يجوز لأحد رعاية حق مجهول في عين حصل عنها بدل خير له»[1].

(ج) إبقاء الحال على ما وقعت عليه إذا ترتب على نقضها مفسدة أعظم:

كل فعل خالف الحكم الشرعي فهو مهدر؛ لأَنَّ الحكم هو عين المصلحة، لكن قد يعرض من الوقائع ما يتجاذبه احتمالانِ الدليلُ في أحدهما أظهر والاحتمال الثاني له دليل ملحوظ في الجملة، ويترتب على تَوْصِيف الواقعة بالاحتمال الأول مفسدة عظيمة عُهد من الشارع مراعاة دفعها، ويمكن درؤها بحمل الواقعة على الاحتمال الثاني وتوصيفها به، فيتعين هذا التَّوْصِيف؛ لأن ذلك وافق دليلاً في الجملة هو أولى بالإعمال بعد الوقوع.

يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «فمن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائداً على ما ينبغي بحكم التبعية لا

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٥٠.

بحكم الأصالة، أَوْ مؤدياً إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي فيترك وما فعل من ذلك، أَوْ نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل نظراً إلى أن ذلك الواقع وَاقَعَ المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أَنَّ النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع؛ لما اقترن به من القرائن المرجحة، كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم[(١)]، وحديث قتل المنافقين[(٢)]، وحديث البائل في المسجد[(٣)]»[(٤)].

---

(١) وهو عن عائشة ــ رضي الله عنها ــ أَنَّ النبي ﷺ قال: «**يا عائشة، لولا قومك حديثو عهد بجاهلية ــ أَوْ قال: بكفر ــ لأنفقت كنز الكعبة في سبيل الله، ولجعلت بابها بالأرض، ولأدخلت فيها من الحجر**» متفق عليه، واللفظ لمسلم، فقد رواه البخاري (الفتح ١/ ٢٢٤)، وهو برقم ١٢٦، ومسلم (٢/ ٩٦٨ ــ ٩٦٩)، وهو برقم ١٣٣٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) وهو عن أنس بن مالك ــ رضي الله عنهما ــ: «**أَنَّ أعرابيًا قام إلى ناحية في المسجد، فبال فيها، فصاح به الناس، فقال رسول الله ﷺ: دعوه، فلما فرغ أمر رسول الله ﷺ بذَنُوبٍ فصُبَّ على بوله**» متفق عليه، واللفظ لمسلم، فقد رواه البخاري (الفتح ١٠/ ٤٤٩)، وهو برقم ٦٠٢٥، ومسلم (١/ ٢٣٦)، وهو برقم ٢٨٤.

(٤) الموافقات ٤/ ٢٠٣.

٣ ــ مبنى عقود الأبدان على الألفة والاتفاق :

عقود الأبدان من الزوجية والإجارة الواردة على عمل الإنسان ونحوهما يحتاج تنفيذها والاستمرار فيها إلى التآلف ودوام الاتفاق، فإذا فقد ذلك ساءت الحال بين المتعاقدين، وأصبح كل منهما لا يحسن التعامل مع الآخر، بل ربما تربص به الشر والأذية، فإذا تردد عقد من ذلك بين إمضائه أَوْ فسخه أخذ القاضي بالتَّوْصِيف الموجب للفسخ؛ لأَنَّه أرفق بالطرفين ما لم يعارض ذلك موجب أقوى فتجرى الموازنة حسب تزاحم المصالح بعضها مع بعض أَوْ مع ضدها.

يقول ابن العربي (ت: ٥٤٣هـ) ــ في تأييد الفرقة بين الزوجين للضرر أَوْ النشوز ــ : «فأَمَّا عقود الأبدان فلا تتم إلاَّ بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة»[١].

٤ ــ قطع الخصومة ما أمكن أَوْ تقليلها :

الحكمة من مشروعية القضاء إيصال الحقوق إلى أَصْحَابها، ورفع المشاحنات، وقطع الخصومات أَوْ تقليلها، وقمع الظالم، ونصرة المظلوم، ونشر الأمن في الأمة، وهي مقاصد في الشريعة من السمو بمكانة[٢].

---

(١) أحكام القرآن ١/ ٥٤١.

(٢) تبصرة الحكام ١/ ١٢، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٣٥، شرح الزرقاني ٧/ ١٣٨، معين الحكام للطرابلسي ٧، مقاصد الشريعة ١٩٥.

وأصل ذلك ما حدَّث به زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ قال: «**كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذَّ الناس وحضر تقاضيهم قال المُبتاع: إنَّه أصاب الثمرَ الدُّمان، أصابه مرض، أصابه قُشام ـ عاهات يحتجون بها ـ فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: فأمَّا لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم**»[1].

قال ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «فقد أخبر أن سبب نهي النبي ﷺ عن ذلك ما أفضت إليه من الخصام»[2]، فإذا تردد تَوْصِيف واقعة بين ما يقطع الخصومة أَوْ يقللها وبين ما يوجب استمرارها فإنَّ القاضي يقدم في توصيفها ما يقطع الخصومة أَوْ يقللها، وهكذا في سائر حِكَمِ مشروعية القضاء.

وكل ذلك ما لم يعارضه موجب أقوى منه، فتجرى الموازنة حسب تزاحم المصالح بعضها مع بعض، أَوْ مع ضدها.

ومن الأمثلة لما يراعى فيه قطع الخصومة ما أمكن أَوْ تقليلها: أَنْ يختلف المؤجر والمستأجر في شيء من حقوق العقد قبل مباشرة

(١) رواه البخاري (الفتح ٤/ ٣٩٣)، وهو برقم ٢١٩٣.
(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٧.

تنفيذه، ويتردد توصيفه بين بقاء العقد وفسخه، فيقدم موجب فسخه؛ لأَنَّه أقطع للنزاع بينهما[1].

وعلى القاضي هنا أَنْ يذكر في أسباب حكمه مسوغات توصيفه لما أخذ به على وجه كافٍ مفصل.

❑ ❑ ❑

---

(١) انظر ما سبق في ثبات التعامل بين الناس واستقراره: الفقرة الثانية من هذه الضوابط.

المطلب الثالث

الأصل الثالث

مراعاة الفروق بين الوقائع والأشخاص عند التوصيف

ونبيِّن هنا مراعاة الفروق بين الوقائع والأشخاص عند التوصيف وتطبيقات على ذلك في عنوانين متتاليين:

مراعاة الفروق بين الوقائع والأشخاص عند التوصيف:

إنَّ القاضي ـ بل والمفتي ـ وهو يوصف الوقائع لا بُدَّ له من النظر في خصوصيات الوقائع والأشخاص، وما بينهما من فروق مؤثرة، وأوصاف مقررة.

فقد يكون للشخص المتقاضي من مدّعٍ أَوْ مدعى عليه، أَوْ للواقعة المتنازع فيها خاصية تستدعي توصيفاً وحكماً لا يطبق على نظائرها؛ لوجود وصف مؤثر متعلق بالشخص أَوْ الواقعة استدعى المغايرة في التَّوْصِيف والحكم[1].

---

(١) الموافقات ٤/ ٩٨، المجموع ١/ ٨٨، فتاوى السبكي ٢/ ١٢٣، نظرية المقاصد ٣٥٥، فتاوى ورسائل ٢/ ٢١ ـ ٢٢، وقد أطلق عليه الشاطبي: تحقيق المناط الخاص [الموافقات ٤/ ٩٨].

يَدُلُّ على ذلك ما رواه سعيد بن سعد بن عبادة قال: «كان في أبياتنا رويجل ضعيف، فخبث بأَمَةٍ من إمائهم، فذكر ذلك سعد لرسول الله ﷺ فقال: اضربوه حَدَّه، فقالوا: يارسول الله، إنَّه أضعف من ذلك، فقال: خذوا عثكالاً فيه مائة شمراخ، ثم اضربوه به ضربة واحدة، ففعلوا»[1].

ففي ضرب هذا الرجل بعثكال فيه مائة شمراخ بدلاً من مائة سوط مفرقة مراعاة لضعفه؛ لأَنَّه لا يطيق الجلد بالسوط مفرقاً، كما يضرب غيره من الأَصِحَّاء[2]؛ لقوله ــ تعالى ــ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

كما يَدُلُّ على مراعاة خصوصيات الأشخاص والأعيان ما رواه أبو ذر أنَّ رسول الله ﷺ قال: **«يا أبا ذر، إني أراك ضعيفاً، وإني أحبُّ لك ما أحبُّ لنفسي، لا تَأَمَّرَنَّ على اثنين، ولا تَوَلَّيَنَّ مال يتيم»**[3]، فقد خص النبي ﷺ أبا ذر ــ رضي الله عنه ــ بهذا الحكم،

---

(١) رواه أحمد (الفتح الرباني ١٦/ ٩٩)، وهو برقم ٢٥٣ وابن ماجة ٢/ ٨٩، وهو برقم ٢٦٠٢، والنسائي في السنن الكبرى ٤/ ٣١١، ٣١٣، وهو برقم ١/ ٧٣٠٩، وفي النسائي طرق أخرى مرسلة عن أبي أمامة بن سهل، كما رواه أبو داود عن بعض أَصْحَاب رسول الله ﷺ (٤/ ١٦١)، وهو برقم ٤٤٧٢، وقال ابن حجر في بلوغ المرام ٢١٤: «وإسناده حسن، ولكن اختلف في وصله وإرساله».

(٢) نيل الأوطار ٧/ ١٣٠، سبل السلام ٤/ ٢٦.

(٣) رواه مسلم (٣/ ١٤٥٧)، وهو برقم ١٨٢٦.

وهو نهيه عن الإمارة ولو على اثنين، وعن ولايته على مال اليتيم؛ لأَنَّ أبا ذر رجل ضعيف لا يصلح للقيام بمثل هذه الأعمال، مع أَنَّ الأصل ترغيب عموم الناس في القيام بهذه الأعمال لحاجة الناس إليها، بل لقد كان النبي ﷺ نفسه يُرَغِّبُ فيها، فقد رغب في الحكم والقضاء بين الناس في أحاديث مُتَعَدِّدَةٍ، منها ما حدث به عبد الله ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا حسد إلاَّ في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً، فسلطه على هلكته في الحق، وآخر آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها**»[1].

كما أَنَّ النبي ﷺ كان يرغب في كفالة اليتيم، ومن ذلك ما حدث به سهل بن سعد ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ أَنَّه قال: «**أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وقال بأصبعيه السبابة والوسطى**»[2].

وقد نهى النبي ﷺ أبا ذر عن تلك الولايات لما رأى به من الصفات التي لا تمكنه من القيام بها[3].

فمراعاة خصوصيات الوقائع والأشخاص أمر مقرر في القضاء والفتيا؛ يقول الشيخ عبد الرحمن بن حسن آل الشيخ (ت: ١٢٥٨هـ): «القصد من التشريع والأوامر تحصيل المصالح

---

(١) متفق عليه، فقد رواه البخاري (الفتح ١٣/ ١٢٠)، وهو برقم ٧١٤١، ومسلم (١/ ٥٥٩)، وهو برقم ٨١٦

(٢) رواه البخاري (الفتح ١٠/ ٤٣٦)، وهو برقم ٦٠٠٥.

(٣) الموافقات ٤/ ١٠٠ ـ ١٠١.

ودرء المفاسد حسب الإمكان، وقد لا يمكن إلاَّ مع ارتكاب أخف الضررين، أَوْ تفويت أدنى المصلحتين، واعتبارُ الأشخاص والأزمان والأحوال أصل كبير، فمن أهمله وضيعه فجنايته على الناس وعلى الشرع أعظم جناية»[1].

ويقول ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ): «قال السهيلي: ولا يستحيل أَنْ يكون الشيء صواباً في حق إنسان وخطأً في حق غيره، إنما المحال أَنْ يحكم في النازلة بحكمين متضادين في حق شخص واحد. . . والأصل في ذلك: أَنَّ الحظر والإباحة صفات أحكام لا أعيان»[2].

ويقول السبكي (ت: ٧٥٦هـ) ــ وهو يتحدث عن التبصر عند تنزيل الحكم الكلي على الواقعة ــ : «ولهذا تجد في فتاوى بعض المتقدمين ما ينبغي التوقف في التمسك به، ليس لقصور ذلك المفتي ــ مَعَاذ الله ــ ، بل لأَنَّه قد يكون في الواقعة التي سئل عنها ما يقتضي ذلك الجواب الخاص، فلا يطرد في جميع صورها»[3].

---

(١) مجموعة الرسائل والمسائل النجدية ٣/ ١٨٨.

(٢) فتح الباري ٧/ ٤٠٩.

(٣) فتاوى السبكي ٢/ ١٢٣.

فائدة: قال النووي: «قال الصيرمي: إذا رأى المفتي المصلحة أَنْ يفتي العامي بما فيه تغليظ، وهو مما لا يعتقد ظاهرة، وله فيه تأويل جاز ذلك زجراً له كما روى عن ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ أنه سئل عن توبة القاتل فقال: لا توبة =

فواجب على القاضي والمفتي عند تَوْصِيف الواقعة أَنْ يراعي خصوصيتها في أشخاصها وجميع أحوالها إن كان ثَمَّ ما يقتضي ذلك؛ يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) ـ في خاصية العالم الراسخ ـ : «إنَّه يجيب السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص إن كان له في المسألة حكم خاص»[١].

كما يجب على القاضي والمفتي بذل الجهد للتعرف على تلك الخصوصيات إن كانت، وتقرير الحكم الملائم لها؛ يقول ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ): «والتحقيق أَنَّ المفتي في الوقائع لا بُدَّ له من ضرب اجتهاد، ومعرفة بأحوال الناس»[٢].

ولأجل مراعاة هذا الأصل وغيره كان القضاء جزئياً لا يتعدى نفوذه غير الواقعة المحكوم فيها، ولا الأشخاص المترافعين[٣]؛ وذلك لأَنَّه مُنَزَّل على واقعة معينة لها خصوصيتها سواء في نفس الواقعة، أَمْ الأشخاص، أَمْ أدلة إثباتها، وكان على القاضي الاجتهاد

= له، وسأله آخر، فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول فرأيت في عينه إرادة القتل فمنعته، وأما الثاني فجاء مستكيناً قد قتل فلم أقنطه» [المجموع ١/ ٨٨].

(١) الموافقات ٤/ ٢٣٢.

(٢) نشر العرف ١٢٧ ـ ١٢٨.

(٣) الفواكه البدرية ٦٦، ١٣٦، الفوائد الزينية ٤٣، البحر الرائق ٦/ ٢٨٢، شرح الزرقاني ٤/ ١٤٩، التاج والإكليل ٦/ ١٣٩، إعلام الموقعين ١/ ٣٨، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٧٢.

في تنزيل الحكم الكلي على الواقعة القضائية في كل واقعة تحدث، ولا يغني تنزيل سابقه عن لاحقه، بل لكل واحدة منهما نظر مستقل؛ لأَنَّه كما يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «كل صورة من النازلة، نازلة مستأنفة في نفسها لم يسبق لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا فلا بُدَّ من كونها مثلها أَوْ لا. . . ويكفيك من ذلك أَنَّ الشريعة لم تَنُصَّ على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعين»[1].

لكن الاعتداد بالفروق بين الأشخاص والوقائع عند الاقتضاء إنما يكون إذا انضبط ذلك بأمر ظاهر يذكره القاضي في تسبيب حكمه، أَمَّا إذا خفي أَوْ عسر انضباطه فلا يُعْتَدّ به[2].

تطبيقات على مراعاة الفروق بين الوقائع الاشخاص عند التَّوْصِيف:

وتظهر مراعاة الفروق الفردية عند التَّوْصِيف في صور كثيرة تَدُلُّ عليها الأحكام الكلية في الجملة، ومن تطبيقات ذلك ما يلي:

---

(١) الموافقات ٩١ ــ ٩٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/١٨٨ ــ ١٨٩.

١ ـ الإكراه المؤثر يختلف باختلاف الأشخاص:

الإكراه مؤثر في إسقاط الرضا فيما يُعْتَدّ بالرضا فيه، وذلك إذا صدر من قادر، وغلب على ظن المكره نزول الوعيد به، وكان الإكراه مما يستضر به المكره ضرراً كثيراً، كالقتل والضرب الشديد، **أَمَّا الإكراه بالضرر اليسير، والضرب القليل فيختلف باختلاف الأشخاص**، فإن كان في حق من لا يبالي فليس إكراهاً، وإن كان من ذوي المروءات، وكان على وجه يكون فيه إخراق لصاحبه، وغضاضة وشهرة في حقه ـ فهو كالضرب الكثير في حق غيره[١].

وقد أفتى الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ) في رجل له والد قوي الشكيمة شديد عليه، وألزمه بطلاق زوجته، فطلقها ثلاثاً بلفظ واحد، وهو لم يرد الطلاق، فأفتاه بأن هذا الطلاق غير واقع؛ لأَنَّه في حكم المكره[٢].

٢ ـ ثبوت خيار الغبن لمغبون مسترسل:

المسترسل: هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المماكسة، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فمن غبن وتحققت فيه الأوصاف من الجهل بالقيمة، وعدم حسن المماكسة ثَبَتَ له الخيار وإلَّا فلا[٣].

---

(١) المغني ٨/ ٢٦١ ـ ٢٦٢، المهذب ٢/ ٧٨، روضة الطالبين ٨/ ٥٩.

(٢) فتاوى ورسائل ١١/ ١٢.

(٣) المغني ٤/ ٧٩، الروض المربع ٤/ ١٣٦ ـ ٤٣٥.

٣ ــ العقوبات التعزيرية تختلف بحسب الاقتضاء:

العقوبة التعزيرية: هي عقوبة غير مقدرة شرعاً على معصية لا حدَّ فيها[(١)].

وتتدرج من الإعراض والتوبيخ حتى القتل بحسب الذنب وأثره، وهي تختلف باختلاف الذنب، وحال المذنِب، وانتشار الجريمة في المجتمع، وأثرها عليه[(٢)]، يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «وتختلف مقاديرها وصفاتها بحسب كبر الذنوب وصغرها، وبحسب حال المذنب، وبحسب حال الذنب في قلته وكثرته»[(٣)].

ويبين في موضع آخر بعض المعاصي والجرائم، واختلاف عقوبتها فيقول: «بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زِيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك، وعلى حسب كِبَر الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ما لا يعاقب من لم يتعرض إلاَّ لامرأة واحدة أَوْ صبي

---

(١) السياسة الشرعية ٩٦، الروض المربع ٧/ ٣٤٥.

(٢) فتح القدير ٤/ ٢١٢، الفروق ٤/ ١٧٧ ــ ١٧٨، تبصرة الحكام ٢/ ٢٨٩، نهاية المحتاج ٨/ ٢١ ــ ٢٢، المغني ١٠/ ٣٤٨.

(٣) الحسبة ٤٤.

واحد»[1]، وواضح من هذا كله مراعاة الفروق الفردية بين الأشخاص والوقائع عند تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع القضائية في العقوبات التعزيرية.

❑ ❑ ❑

---

(١) السياسة الشرعية ٩٧، وانظر: الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير ٢٣١.

المطلب الرابع

الأصل الرابع

مراعاة الضرورات والحاجات عند التوصيف

نبيِّن المراد بالضرورة، ومعنى مراعاتها، وضوابطها، والمراد بالحاجة ومراعاتها كالضرورة، وشروط مراعاة الضرورةِ والحاجةِ عند التوصيف، وتطبيقات على مراعاة الحاجة والضرورة في عناوين متتالية:

المراد بالضرورة ومعنى مراعاتها عند التَّوْصِيف:

المراد بالضرورة: ما يطرأ على الإنسان مما في ترك مراعاته هلاك أَوْ ضرر شديد يلحق الضروريات الخمس من الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال[1].

وسواء كانت الضرورة في الغذاء، أَمْ الدواء، أَمْ الانتفاع بمال

---

(١) الموافقات ٢/٨، نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ٦٧، رفع الحرج للباحسين ٤٣٨، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي ٨٠، نظرية الضرورة الشرعية لمبارك ٢٨، الرخص الفقهية ١٤٤.

الغير، أَمْ القيام بالفعل تحت تأثير الإكراه، أَمْ الدفاع عن النفس ونحوها، أَمْ ترك الواجبات الشرعية المفروضة[1].

فكل ذلك حالات استثنائية تُسَوِّغ للمكلف ترك الأحكام الجزئية المقررة لعموم المكلفين نَصّاً، أَوْ استنباطاً، ليدخل بحسب ما طرأ عليه في العمل بالأحكام الجزئية المقررة للضرورة.

فالمكلف ينتقل من الوجوب أَوْ الحرمة إلى الإباحة، أَوْ من الإباحة إلى الوجوب أَوْ الحرمة، أَوْ من الحرمة إلى الإباحة أَوْ الوجوب، أَوْ إلى تأخير الواجب من أمر ونهي عن وقته دفعاً للضرورة في غالب ظنه[2].

والمكلف عند مراعاة الضرورة انتقل من مناط إلى مناط آخر، ولا يُعَدُّ ذلك خرقاً للتشريع، ولا خروجاً عن أحكام الشرع؛ لأَنَّ أصول الشريعة اقتضت له حكماً قبل الضرورة، كما اقتضت له حكماً آخر بعد الضرورة، **وإنما معنى مراعاة الضرورة: أَنَّه إذا طرأت الضرورة انفردت من كليات جنسها، ولحقت بحكم جزئي خاص بها وما ماثلها**، فالأحكام ثابتة قارّة تتبع أسبابها حيث كانت، والمكلف ينتقل من مناط إلى مناط، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال؛ لأَنَّ الحظر والإباحة صفات أحكام لا صفات أعيان[3].

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ١٨ بتصرف.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) الموافقات ٢/ ٢٨٥، شرح الموطأ للزرقاني ٢/ ٧، فتح الباري ٧/ ٤٠٩.

ويَدُلُّ على أصل مشروعية مراعاة الضرورة قوله ــ تعالى ــ : ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، فقد استثنى الله ــ عزَّ وجلّ ــ ما اضطر إليه الإنسان من طعام فأجاز أكله وإن كان لا يحل له حال الاختيار(١).

ضوابط الضرورة:

يعمل بالضرورة إذا توفرت فيها الضوابط التالية(٢):

١ ــ أَنْ يشهد الشرع لجنسها بالمراعاة:

فلا بُدَّ أَنْ تكون الضرورة داخلة ضمن المقاصد التي جاء الشرع لتحقيقها وحفظها، أَوْ دفعها.

ولا يستحل بالضرورة الكفر، ولا القتل، لكن لمن اضطر لطعامٍ مغالبةُ من معه فضل طعام لا ضرورة به إليه بعد التدرج باستيهابه أَوْ نهبه ونحو ذلك، فإن قُتِل المضطر في هذه المغالبة فهو شهيد، وإن قتل الآخر فهدر.

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ٥٧، نظرية الضرورة الشرعية لمبارك ٣٤، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي ٩٧.

(٢) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ٦٨ ــ ٧٢، نظرية الضرورة الشرعية لمبارك ٣٠٥ ــ ٣٤٨، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي ١٦١ ــ ٢١٥، ٢٨٧، ٢٩١، رفع الحرج للباحسين ٤٤٠ ــ ٤٤٢.

كما أَنَّ الضرورات إذا تزاحمت رُوعِي الترتيب في الحفاظ عليها، فتقدم في الجملة مراعاة ضرورة الدين، ثم النفس، ثم العقل، ثم النسل، ثم المال.

٢ ــ أَنْ تكون محققة لا متوهمة:

فلا بُدَّ أَنْ يجزم أَوْ يغلب على الظن وقوع هذه الضرورة، وأَلَّا يمكن الخلاص منها بوجه سائغ.

٣ ــ أَلَّا تؤدي إزالتها إلى ضرر مثلها أَوْ أكبر منها:

فإذا كانت إزالة الضرورة تؤدي إلى ضرر مثلها أَوْ أعظم منها على نفسه أَوْ غيره امتنع تحقيقها.

والاضطرار لا يسقط حق الغير، فمن اضطر لمال غيره فأكله أَوْ انتفع به ضَمِنَ مثله إن كان مثليًّا أَوْ قيمته إن كان قِيمِيًّا.

٤ ــ أَنْ تقدر بقدرها:

فإذا وقعت الضرورة فإنَّ مقاربتها وفعلها حسب القدر اللازم منها استدامةً وتأقيتاً وقلةً وكثرةً، فمن احتاج إلى شرب خمر لدفع لقمة غصّ بها فلا يزيد عن القدر اللازم لدفع الغصة، ومن احتاج لدواء محرّم أَخَذَ منه بالقدر اللازم لدفع المرض أَوْ تخفيفه مرةً إن أغنى، أَوْ تكراراً على أوقات متفرقة، أَوْ مستمراً عند قيام الضرورة إليه واستمرارها.

الحاجة تراعى كالضرورة:

المراد بالحاجة: ما يطرأ على الإِنسان مما في ترك مراعاته

مشقة وحرج شديد خارج عن المعتاد في الضروريات الخمس وإن لم يبلغ درجة الضرورة[1].

وفَرَّق بعض العلماء بين الحاجة والضرورة، فقال: إنَّ الضرورة لا يستغنى عنها، والحاجة يمكن الاستغناء عنها[2].

والحاجة تراعى سواء كان ذلك في العبادات، أَمْ في المعاملات، أَمْ في الجنايات، فما كان على تلك الصفة فهو ملحق بالضرورة؛ ولذا قال العلماء: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامةً كانت أَوْ خاصةً[3]، وستأتي أمثلة لذلك في عنوانٍ تالٍ إن شاء الله.

ومما يجدر التنبيه عليه أَنَّ أغلب الفقهاء يستعملون كثيراً مصطلح (الضرورة) مكان مصطلح (الحاجة)، ولا مشاحة في الاصطلاح إذا ظهر المراد[4].

---

(١) الموافقات ٢/ ١٠، ١١٩ وما بعدها، أشباه السيوطي ٨٨، رفع الحرج لابن حميد ٥٢ ـ ٥٣، مقاصد الشريعة ٨٢، الرخص الفقهية ٤٤٧ ـ ٤٥٨.

(٢) الفواكه العديدة ١/ ٤٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٨، ولابن نجيم ٩١، المجلة العدلية (م٣٢)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٩٧، وخالف بعضُ العلماء في مراعاة الحاجة الخاصة وقرروا أَنَّ الحاجة الفردية لا تراعى، وإنما تراعى الحاجة العامة لجميع الناس أَوْ لفئة معينة كأهل بلد أَوْ حرفة [المدخل للزرقاء ٢/ ٩٩٧]، وانظر تفصيلاً للمسألة في الموافقات ٢/ ١١٩ ومابعدها.

(٤) الغرر وأثره في العقود ٦٠٠، رفع الحرج لابن حميد ٥٥.

شروط مراعاة الضرورة والحاجة عند التَّوْصِيف:

لقد اهتم الفقهاء بالضرورة والحاجة عند تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية فتويةً أَوْ قضائيةً، فذكروا أن على القاضي والمفتي مراعاة ما يطرأ من الضرورات والحاجات عند التنزيل الفتوي أَوْ القضائي، وأجازوا لمراعاتها العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح؛ لأَنَّه هو الراجح في مواجهة الضرورة أَوْ الحاجة[(١)]، واشترطوا لذلك شروطاً سبق بيانها[(٢)]، ولكن ثَمَّ شروط لمراعاة الضرورة والحاجة عند تَوْصِيف الوقائع القضائية، وقد استفدتها مما ذكره الفقهاء في شروط العمل بالقول المرجوح عند الضرورة والحاجة، وهي كما يلي:

١ ـ أَنْ يدُلَّ على مراعاة جنسها دليل من الكتاب، أَوْ السنة.

٢ ـ وجوب تحقق ضوابط الضرورة، وقد سبقت، ومثلها يقال في الحاجة، فلا بُدَّ أَنْ تكون محققة غير متوهمة، وأَنْ تقدر بقدرها، وأَلَّا تؤدي مراعاتها إلى إهدار مثلها أَوْ أكبر منها.

٣ ـ أَنْ يكون القاضي والمفتي متمكناً من النظر في اعتبار

---

(١) رسم المفتي ٢٦، نشر البنود ٢/ ٢٧٦، مطالب أولي النهى ٦/ ١٤٧، العقود الياقوتية ١٤٣، مقاصد الشريعة ١٨٣، فتاوى ورسائل ٢/ ٢١، ١١/ ١٢، ٢٧٢.

(٢) انظر ذلك في: المطلب الأول من المبحث الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

الضرورات والحاجات، ويذكر في أسباب حكمه مستنده الشرعي في ذلك، والمسوغات التي حملته على الاعتداد بذلك الأمر من الضرورات أَوْ الحاجات التي تجب مراعاتها.

٤ ـ **أَنْ يكون مراعاة الضرورة والحاجة مقتصراً على الواقعة القضائية الحالية**، ويتجدد الاجتهاد فيها بتجدد وقوعها في كل نازلة بحسب ما يحتف به من أمور دافعة، وعوارض مانعة، وأحوال ومقتضيات مؤثرة، ومن المقرر في الأحكام القضائية أَنَّها جزئية خاصة بالمتنازع فيه حالاً لا تتعداه إلى غيره من الوقائع.

تطبيقات على مراعاة الضرورة والحاجة عند التَّوْصِيف:

إنَّ صور الضرورة والحاجة التي تجب مراعاتها عند التَّوْصِيف لا تنحصر، وسوف أذكر بعض التطبيقات على ذلك فيما يلي:

(أ) الإغضاء عن خلل يسير في العقد ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود الذي يحتاجه المتعاملون، وذلك كالبيوع الفاسدة التي يطرأ عليها بعض المفوتات المقررة فقهاً إذا كانت قد وافقت قولاً للفقهاء ولو مرجوحاً، ذكره بعض المالكية[١].

(ب) عند المالكية: من هرب بامرأة حتى يحمل أهلها على تزويجها له لم تحرم عليه بذلك، وفي قول لهم: تحرم عليه بذلك تحريماً مؤبداً.

---

(١) مقاصد الشريعة ١٨٣.

ولما كثر هذا الأمر بين الناس أفتى بعض محققي المالكية بالتحريم المؤبد؛ للحاجة إلى قطع هذا الأمر، وحسمِ ما يترتب عليه من الفساد[1].

(ج) يقرر الحنابلة أَنَّ الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد يقع ثلاثاً، وخالف ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ)، وقال: يقع واحدة فقط، وبعض الحنابلة مثل المجد (ت: ٦٥٢هـ) يفتون بلزوم الثلاث في حال دون حال؛ إمَّا لكونهم رأوه من باب التعزير الذي يجوز فعله بحسب الحاجة، وإمَّا لاختلاف اجتهادهم؛ قال بعض الحنابلة: يجوز العمل بمقتضى قول الشيخ ـ أي: بجعل طلاق الثلاث واحدة ـ بخاصة إذا دعت الضرورة إليه[2].

(د) المذهب عند الحنابلة: أَنَّه يَصِحُّ عفو النساء عن القصاص من زوجة ونحوها.

والقول الآخر في المذهب: أَنَّ القصاص مُورَّث للعصبات من الرجال خاصة، وليس للنساء عفو، اختاره شيخ الإسلام ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ)[3].

والعمل على الأول، ويجوز الأخذ بالقول الآخر إذا اقتضاه

---

(١) النوازل للعلمي ٩١، ٩٢.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٣/ ٩٣، الاختيارات ٢٥٦، مطالب أولي النهى ٦/ ٤٤٦.

(٣) الإنصاف ٩/ ٤٨٢ ـ ٤٨٣، الاختيارات ٢٩٣.

الحال من ضرورة أَوْ حاجة؛ قال الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ): «لكن إذا كثر التحيل لإسقاط القصاص فلعل في مثل هذه الحالة إذا تسلط العتاة وخيف اختلال الأمن بكثرة العفو، وصار سُلَّماً لسفك الدماء، وإسقاط موجبها، ففي مثل هذه الحالة يجوز ضرورةً العملُ بالقول الآخر الذي اختاره الشيخ تَقِيّ الدِّين»[1].

(هـ) ظاهر مذهب الحنابلة: أَنَّ الورثة إذا كان فيهم صغير، ووجب لهم القصاص من قاتل مورثهم فإنَّ القصاص يؤجل حتى يبلغ الصغير.

وفي رواية للإمام: أَنَّ القصاص يُستَوفى بناءً على طلب الكبار العقلاء، ولا ينتظر بلوغ الصغار وطلبهم[2].

والقول الأول هو الذي عليه العمل، ويجوز الأخذ بالقول الآخر عند الاقتضاء من ضرورة أَوْ حاجة، كأَنْ يكون القتل قد تمَّ بطريقة فيها مغالبة أَوْ مخادعة لا تصل إلى حد الحرابة أَوْ الغيلة، وفي تعجيله تحقيق لمصلحة الزجر، واستتباب الأمن الذي تحتاجه الأمة جميعاً.

❑ ❑ ❑

(١) فتاوى ورسائل ١١/ ٢٧٢.

(٢) المغني ٩/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩.

المطلب الخامس

الأصل الخامس

مراعاة درء الحدود والقصاصِ بالشبهات عند التَّوْصِيف

هذا أصل عظيم في تَوْصِيف الأَقْضِيَة الجنائية من الحدود والقصاص، ونبين هنا المراد بدرء الحدودِ والقصاصِ بالشبهات، والشبهةَ المؤثرة في درء الحدود والقصاص، وأقسامَ الشبهة الدارئة للحد، وأَنَّ القصاص كالحد يدرأ بالشبهة، وذلك في عناوين متتالية:

المراد بدرء الحدود والقصاص بالشبهات:

هو دفع وإسقاط العقوبة الحدية أَوْ القصاص لقيام الشبهة القوية.

الشبهة المؤثرة في درء الحدود والقصاص:

الشبهة المؤثرة في الدرء: هي الشبهة القوية المحتملة لا مطلق الشبهة.

فالشبهة المؤثرة: هي التي تشبه الثابت وليس بثابت[1]، أي: تشبه الحقيقة الثابتة بأَنْ تكون قوية.

أَوْ: هي وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أَوْ حقيقته[2]، وذلك كمن وطىء امرأة أجنبية يظنها زوجته.

فقد وجد المبيح صورة في ظن الواطىء، وهو عقد الزوجية الذي هو سبب النكاح، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد.

ودرء الحدود بالشبهات مجمع عليه بين الفقهاء[3].

أقسام الشبهة الدارئة للحد:

بيَّن المالكية والشافعية والحنفية أقسام الشبهة الدارئة للحد، وأشار إليها الحنابلة في صور الشبهة التي يوردونها.

وقد قسم المالكية والشافعية الشبهة إلى ثلاثة أقسام، هي[4]:

(١) فتح القدير ٤/ ١٤٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٧، المنثور ٢/ ٢٢٥، نيل الأوطار ٧/ ١١٨.

(٢) المغني ١٠/ ١٥٢، التشريع الجنائي ١/ ٢٠٩.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٧، التشريع الجنائي ١/ ٢٠٩.

(٤) الفروق ٤/ ١٧٢، تهذيب الفروق ٤/ ٢٠٢، قواعد الأحكام ٢/ ١٦٠، القواعد للحصني ٤/ ٧٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣، المنثور ٢/ ٢٢٥، الفوائد الجنية ٢/ ١٣٥، القواعد الصغرى ١٠٠، التشريع الجنائي ١/ ٢١٤.

تنبيه: فروع الحنابلة تَدُلُّ على موافقتهم لهذا التقسيم، وسوف أشير إليها في =

القسم الأول: شبهة قوة المدرك عند الخلاف:

فإذا كان الحكم الكلي الموجب للحد مختلفاً فيه، وأدلة الأقوال المختلفة قوية قُدِّم دارىء الحد على موجبه[1]؛ يقول العز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ): «فليس اختلاف العلماء هو الشبهة... وإنما الشبهة التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإنَّ الحلال ما قام دليل تحليله، والحرام ما قام دليل تحريمه، وليس أحدهما أولى من الآخر... وإنما غُلِّب درء الحدود مع تحقق الشبهة؛ لأَنَّ المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة الديان، والحدودُ أسباب محظرة، فلا تثبت إلاَّ عند كمال المفسدة وتمحضها»[2]، ومثَّل له بالنكاح المختلف فيه، فإنَّه لا يجب فيه الحدّ، بل يدرأ للشبهة، ولذلك فإنَّه إذا كان الخلاف في المسألة بهذه الصفة، أَوْ اختلف في تفسير الحكم الكلي أَوْ الواقعة على مثل هذا الوجه المشار إليه سابقاً كان ذلك موجباً لترجيح جانب الدرء في الحدود على جانب إقامتها.

= مواضعها في الحاشية، وانظر: الاختيارات ٢٣٩، وموسوعة فقه ابن تيمية ٢/ ٧٠٠.

(١) وفي هذا النوع خلاف، وما أثبتناه هو الراجح [انظر: التعارض والترجيح للبرزنجي ٢/ ٢١٩، ٢٤٨].

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٦١، وانظر: إرشاد الفحول ١٨٤، والحنابلة يقولون بدرء الحد في هذه الصورة. [انظر: شرح الكوكب المنير ٤/ ٦٨٩، شرح مختصر الروضة ٣/ ٧٠٣]، وانظر بعض الأمثلة لهم في [الروض المربع ٧/ ٣٢٠].

القسم الثاني: شبهة في المحل:

وذلك كإتيان الزوجة في دبرها، فالشبهة قائمة في محل الفعل المحرم؛ لأَنَّ الزوجة محل لاستمتاع الزوج، وهو وإن لم يكن له أَنْ يأتيها في ذلك المأتي لحرمة ذلك عليه إلاَّ أن حِلَّ الاستمتاع بالزوجة يورث شبهة توجب درء حد الزنى عنه، سواء اعتقد الفاعل حلَّ الفعل أَمْ تحريمه؛ لأَنَّ أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن، وإنما أساسها محل الفعل، وتسلط الفاعل شرعاً عليه[1]، لكن يعزر إن علم التحريم.

القسم الثالث: شبهة في الفاعل:

وذلك كمن وطىء امرأة أجنبية يظنها زوجته، فأساس الشبهة ظنُّ الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد حله، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأَنَّه محرم فلا شبهة[2].

أَمَّا الحنفية: فقد ذكروا أنواع الشبهة، وأَنَّها قسمان[3]:

القسم الأول: الشبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة:

---

(١) والحنابلة يقولون: لا حد في هذه الصور، ويعزر إذا علم التحريم [الكشاف ٥/ ١٨٨].

(٢) وقد ذكر الحنابلة هذا النوع بالمثال [انظر: الروض المربع ٧/ ٣٢١].

(٣) شرح فتح القدير ٤/ ١٤٠ ــ ١٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٧، التشريع الجنائي ١/ ٢١٣.

وهي تكون في حق من اشتبه عليه الفعل، كمن اشتبه عليه الحل والحرمة، مثل من يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها، ويشترط أَلاَّ يكون هناك دليل على التحريم أصلاً، وأَنْ يعتقد الجاني الحل.

القسم الثاني: شبهة في المحل وتسمى الشبهة الحكمية أَوْ شبهة المِلك:

وذلك كسرقة الأب من مال ابنه، ويشترط في هذه الشبهة أَنْ تكون ناشئة عن حكم شرعي، فالشبهة في المحل تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة، فالحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل، فالسرقة محرمة والأب له أَنْ يتملك من مال ابنه؛ لقوله ﷺ ــ فيما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ــ : «**أنت ومالك لأبيك**»[1].

ويضيف أبو حنيفة قسماً ثالثاً من الشبهات، وهي شبهة العقد ولو كان متفقاً على تحريمه، لكن أَصْحَابه والأئمة الأربعة يخالفونه في هذا، ولا يرون العقد شبهة إلاَّ إذا كان الجاني يظن الِحلَّ ويعتقده.

وإذا دُرِىء الحدُّ عن الجاني فإنَّه يعزر بما يناسب حاله، ويسقط عنه التعزير في مثل من وطىء أجنبية يظنها زوجته؛ لأَنَّه لم يقصد الفعل المحرم، كما يسقط عنه التعزير في مثل من وطء امرأة

---

(١) رواه أحمد (١٠/ ١٥٧، ١١/ ١٢٤)، وهو برقم ٦٦٧٨، ٦٩٠٢، ٧٠٠١ بتحقيق أحمد شاكر، وصحح إسناده، وأبو داود (٣/ ٢٨٩)، وهو برقم ٣٥٣٠، وابن ماجة واللفظ له عن جابر (٢/ ٣٤)، وهو برقم ٢٣١٢، ٢٣١٣، وصححه الألباني في الإرواء ٣/ ٣٢٣.

تزوجها بلا شهود أَوْ بلا ولي؛ لأَنَّ النكاح مختلف فيه، كما يسقط عنه التعزير في مثل من شهد عليه شاهدان بشرب المسكر ثم رجعا ولا قرينة على الشرب[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ التعزير لا يسقط بالشبهة، بل يثبت معها[2]، لكن ثَمَّ مبدأ آخر يطبق على عقوبة التعزير، وهو أَنَّ العفو عن العقوبة مقدَّم على إثباتها، وذلك إذا قام مقتضيه، كأَنْ تكون البينات غير كافية في إيجاب التعزير ونحو ذلك فإنَّه لا عقوبة إلاَّ بحجة[3]؛ يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «فإذا دار الأمر بين أَنْ يخطىء فيعاقب بريئاً، أَوْ يخطىء فيعفو عن مذنب كان هذا الخطأ خير الخطأين، أَمَّا إذا حصل عنده علم أَنَّه لم يعاقب إلاَّ مذنباً فإنَّه لا يندم، ولا يكون فيه خطأ»[4].

القصاص يُدْرأُ بالشبهة كالحدود:

القصاص يدرأ بالشبهة كالحدود، سواء كانت الشبهة في الفاعل،كمن قتل قاتل مورثه وقد عفا أحد الورثة وهو لا يعلم بالعفو، فلا قصاص عليه، أَمْ كانت الشبهة في المحل، وذلك كأَنْ

(١) التشريع الجنائي ١/ ٢١٤.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣، التشريع الجنائي ١/ ٢١٦.

(٣) إعلام الموقعين ٢/ ١١٩.

(٤) مجموع الفتاوى ١٥/ ٣٠٨.

يشهد الشهود على رجل بالقتل، ثم يرجعوا عن ذلك فلا يقتص من المشهود عليه، أَمْ كانت الشبهة باختلاف العلماء، وذلك كأَنْ يقتل ولي الدم ممسك وليه حتى قتل فإنَّ الولي الذي قتل القاتل لا يقاد؛ لأن له شبهة في مثله، وهي اختلاف العلماء، فقد قال بعضهم بقتل الممسك[1].

فعلى القاضي عند تَوْصِيف الواقعة في الحدود والقصاص مراعاة الشبهة المؤثرة في ذلك، سواء كانت في الفاعل، أَمْ المحل، أَمْ المدرك باختلاف العلماء، أَمْ في تفسير إقرار المكلف ونحوه.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ القصاص يثبت باللَّوْث ــ وهي القرينة الدالة على القتل ــ كما في القسامة.

ولا تعارض بين هذه القاعدة ــ درءِ القصاص بالشبهة ــ وبين ثبوته بالقرينة في القسامة؛ لأَنَّ اندراءه يكون بالشبهة القوية التي ترجح عدم ثبوته، أَوْ التردد في قصده، أَوْ صفته.

أَمَّا ثبوته في القسامة باللَّوْث ــ وهي القرينة الدالة على القتل ــ فلأَنَّ القرينة رجحت ثبوته، وفرق بين الأمرين؛ قرينةٌ قوية دالة على موجب درئه، وقرينةٌ قوية دالة على موجب إقامته.

❑ ❑ ❑

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢٣، الكشاف ٥/٥١٩، ٥٣٥، ٦/٨٥، ٤٤٣.



المبحث الثاني

وسائل التَّوْصِيف القضائي

وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: المراد بوسائل التَّوْصِيف القضائي وبيانها إجمالاً.

المطلب الأول: القياس القضائي.

المطلب الثاني: الاجتهاد المباشر.

التمهيد

المراد بوسائل التَّوْصِيف القضائي وبيانها إجمالاً

المراد بوسائل التَّوْصِيف:

هي الطرق التي يستعين بها القاضي في تنزيل الأوصاف الكائنة في الحكم الكلي على الواقعة القضائية.

وسائل التَّوْصِيف القضائي إجمالاً:

إنَّ الوسائل التي يستعين بها القاضي في تنزيل الأوصاف الكائنة في الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية وسيلتان، هما:

- القياس القضائي.
- والاجتهاد المباشر.

وبيان كل واحدة منهما في مطلب مستقل مما يلي.

❑ ❑ ❑

المطلب الأول

القياس القضائي

مدخل

القياس القضائي عملية ذهنية يستعين بها القاضي في تنزيل الحكم الكلي الفقهي على الواقعة القضائية لاشتراكهما في الأوصاف المؤثرة.

وهو يعود إلى قياس الشمول المنطقي[1].

وعُرِّف قياس الشمول المنطقي بأَنَّه: قولٌ مؤلَّفٌ من قضيتين فأكثر متى سلم لزم عنه لذاته قول آخر.

فالقياس المنطقي الشمولي يتركب من جملتين فأكثر إذا استوفى أصوله حدث منه نتيجة مفيدة، ويتضح ذلك فيما سنذكره من حدود هذا القياس.

---

(١) الرد على المنطقيين ١١٦، البهجة ١/٣٦، مقاصد الشريعة ٣١.

وسُمِّيَ شمولياً لاندراج حده الأصغر في حده الأوسط، واندراج حده الأوسط في حده الأكبر، ونتيجة ذلك دخول الحد الأصغر تحت الأكبر وشموله له.

كما يسمى اقترانيًا؛ لاقتران حدوده الثلاثة ـ الأصغر والأوسط والأكبر ـ من غير أَنْ يتخللها حرف الاستثناء[1].

حدود القياس الشمولي المنطقي:

لهذا القياس ثلاثةُ حدودٍ، ونتيجةٌ[2]، وهي:

ـ الحد الأكبر، ويسمى المقدمة الكبرى.

ـ الحد الأصغر، ويسمى المقدمة الصغرى.

ـ الحد الأوسط، وهو الأوصاف المؤثرة المشتركة بين الحدَّين.

ـ النتيجة، وهي ثمرة إنتاج المقدمة الكبرى للمقدمة الصغرى لاشتراكهما في الحد الأوسط، ولذلك فإنَّه عند الإنتاج يُلْغى الحد الأوسط، وتكون النتيجة متآلفة من الحد الأصغر والأكبر، قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «اعلم أن كل واحدة من المقدمتين تشتمل على جزئين: مبتدأ، وخبر، فتصير أجزاء البرهان أربعة أمور؛ منها

(١) تسهيل المنطق ٥١، آداب البحث والمناظرة ١/ ٦٢، ٦٣.

(٢) شرح الكوكب المنير ٤/ ١٢ ـ ١٣، تسهيل المنطق ٥٢، آداب البحث والمناظرة ١/ ٦٣، ٦٤، المعجم الفلسفي ٢/ ٢٠٧.

واحد مكرر في المقدمتين، فتعود إلى ثلاثة؛ إذ لو بقيت أربعة لم تشترك المقدمتان في شيء واحد»[1].

قال ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «ولا نزاع أَنَّ المقدمتين إذا كانتا معلومتين وأُلْقِيَتَا على الوجه المعتدل أَنَّه يفيد العلم بالنتيجة»[2].

وقال ـ أيضاً ـ: «إن صورة القياس المذكورة لا تحتاج إلى تعلم، بل هي عند الناس بمنزلة الحساب»[3].

قال أهل الفن: النتيجة دائماً تتبع أضعف المقدمتين وأدناهما، إلاَّ إذا كانت المقدمتان معلومتين فإنَّ النتيجة تكون معلومة[4].

وقد تهمل إحدى المقدمتين لوضوحها واشتهارها، وهو الغالب في الفقهيات، وقد يكون الإهمال للمقدمة الأولى، كما قد يكون للمقدمة الثانية[5].

وطريقة نُظَّار المسلمين: أَنْ يذكروا من الأدلة والمقدمات ما يحتاجون إليه من دون الالتزام بمقدمتين، بل ربما أوردوا من المقدمات واحدة أَوْ ثلاثاً أَوْ أربعاً أَوْ أكثر، وربما أوردوا سلسلة من

---

(١) روضة الناظر ١/ ١١٥، وانظر في المعنى نفسه: تهذيب الفروق ١/ ٥٨، شرح الكوكب المنير ٤/ ١٣.

(٢) نقض المنطق ٢٠٠.

(٣) نقض المنطق ٢٠١.

(٤) نقض المنطق ١٦٦، البحر المحيط ١/ ١١٣.

(٥) روضة الناظر ١/ ١٢٦ ـ ١٢٧.

المقدمات بحسب القضية وحاجة المستدل له[1].

المراد بالقياس القضائي:

القياس القضائي: هو الاجتهاد في إدخال الواقعة الجزئية القضائية في الحكم الكلي الفقهي بواسطة القياس المنطقي لاشتراكهما في الأوصاف المؤثرة[2].

حدود القياس القضائي:

هذا القياس القضائي كالقياس المنطقي، له ثلاثة حدود ونتيجة، هي: **المقدمة الكبرى، والمقدمة الصغرى، والحد الأوسط، والنتيجة.**

فمقدمته الكبرى: هي الحكم الكلي الفقهي المفسر، سواء كان مقرراً، أَمْ اجتهد القاضي في تقريره.

ومقدمته الصغرى: هي الواقعة القضائية المؤثرة المنقحة الثابتة المفسرة، الخالية من موانع الحكم.

وحدُّه الأوسط: هو الأوصاف المؤثرة المشتركة في الواقعة القضائية، والحكم الكلي.

والنتيجة: هو التَّوْصِيف القضائي الذي تبينه وتوضحه أسباب الحكم.

---

(١) منطق ابن تيمية للزين ١٠٠، ١٠٢ ـ ١٠٣، ١١٨.

(٢) مقاصد الشريعة ٣١، بهجة قلوب الأبرار ١٤٨.

وقد أشار ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ) إلى هذا، فهو يقول: «الحاكم محتاج إلى ثلاثة أشياء لا يَصِحُّ له الحكم إلاَّ بها: معرفة الأدلة، والأسباب، والبينات»[(١)].

فالأدلة تبين الحكم الكلي الفقهي، والبينات تثبت الوقائع القضائية، والأسباب هي الأوصاف المؤثرة التي تعرف القاضي انطباق الحكم الكلي على الواقعة القضائية، أَوْ انتفاءه عنها[(٢)].

طريقة استعمال القياس القضائي في التَّوْصِيف:

إذا أراد القاضي تنزيل الحكم الكلي الفقهي على الواقعة القضائية فعليه تهيئة المقدمتين في ذهنه: **الحكم الكلي الفقهي المفسر، والواقعة القضائية المقررة المفسرة**، ثم التحقق من اشتراكهما في الأوصاف المؤثرة، وهي الأسباب والشروط مع انتفاء الموانع، فإذا تحقق من ذلك حصلت المطابقة وهو التوصيف[(٣)].

والقاضي وهو بصدد تَوْصِيف الواقعة قد يحتاج إلى إجراء أقيسة **مُتَعَدِّدَةٍ متسلسلةٍ أَوْ مركبةٍ**.

والمركبة: ما استدعت أكثر من واقعة يتركب بعضها مع بعض.

والمتسلسلة: ما استدعت معنى لا يتوصل إليه إلاَّ بعد إجراء

---

(١) بدائع الفوائد ٤/ ١٢.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) مستفاد من البحر المحيط ١/ ٤٣.

عدد من الأقيسة المتسلسلة، فَتكُون من مقدمة أَوْ مقدمتين أَوْ ثلاث أَوْ أكثر[1]، وذلك لتقرير الحكم الكلي الفقهي، ولإثبات الواقعة القضائية، ثم تطبيق أحدهما على الآخر[2].

ومن الجدير بالذكر أَنَّ القاضي قد يهتدي إلى هذا القياس من دون تعلم ولا قصد إليه، لكن معرفته له مما يسهل عمله ويسدد اجتهاده.

أمثلة على استعمال القياس القضائي في التَّوْصِيف:

نعرض بعض الأمثلة التي تبين طريقة توصيف القضية بواسطة القياس القضائي، وهي:

المثال الأول:

ادعى شخص على آخر بأن زيداً مدين له بمائة ألف ريال ولم يسددها له، وأَنَّ المدعى عليه قد ضمنه في هذا الدَّيْن، وطلب المدعي إلزام المدعى عليه بتسلم الحق المدعى به وقدره مائة ألف ريال، وقد أجاب المدعى عليه بإنكار الحق والضمان، لكن ثبت عليه ذلك بسند كتابي.

فلا بُدَّ لتَوْصِيف الواقعة من الآتي:

---

(١) مستفاد من الرد على المنطقيين لابن تيمية ١٦٧، ١٧٢، ٢٥٠.

(٢) **فائدة:** القياس القضائي كما يستعمل في تنزيل الحكم الكلي على الواقعة القضائية فإنه يستعمل في تقرير المقدمات للحكم الكلي، أَوْ الواقعة القضائية.

(أ) حكم كلي فقهي مقرر مفسر، وهو وجوب تسليم الحق على الضامن، وهي المقدمة الكبرى.

(ب) واقعة ثابتة بطرق الحكم المقررة، ومفسرة، وهي ثبوت مديونية المدين الأصلي ـ وهو زيد ـ للمدعي بمائة ألف ريال، وأَنَّ المدعى عليه قد ضمنه فيها، وهي المقدمة الصغرى، وقد ثبت ذلك بموجب السند الكتابي.

(ج) ثم بعد ذلك ينتقل القاضي إلى التحقق من اشتراكهما في الأوصاف المؤثرة في الحكم، وذلك باجتماع الواقعة مع مُعَرِّفَات الحُكْم الكلي في الأوصاف المؤثرة، وهذا هو الحد الأوسط، وقد تحقق ذلك بتطابق الأوصاف المؤثرة فكانت النتيجة، هي: تَوْصِيف الواقعة القضائية بالحكم الكلي من أَنَّه ضمان ملزم للمدعى عليه بتسليم الحق، ثم بعد ذلك يصدر الحكم القضائي عليه بذلك.

المثال الثاني:

ادُّعِيَ على شخص بأَنَّه قد شرب المسكر، وقد أجاب على الدعوى باعترافه بها.

فلا بُدَّ لتَوْصِيف الواقعة من الآتي:

(أ) حكم كلي فقهي مقرر مفسر، وهو حرمة شرب المسكر، ووجوب الحد فيه ثمانين جلدة، وهذه هي المقدمة الكبرى.

(ب) واقعة ثابتة بطرق الحكم المقررة، ومفسرة، وهي:

ثبوت شرب المدعى عليه المعين لهذا الشراب المعين، وأنَّه مسكر، مع تحقق شروط إقامة الحدِّ على المدعى عليه وانتفاء الموانع، وهذه هي المقدمة الصغرى، وقد تحقق ذلك باعترافه.

(ج) ينتقل القاضي بعد ذلك إلى التحقق من اشتراك المقدمتين في الأوصاف المؤثرة في الحكم، وذلك باجتماع الواقعة ومُعَرِّفَات الحُكْم الكلي في الأوصاف المؤثرة، وهذا هو الحد الأوسط، وقد تحقق ذلك بتطابق الأوصاف المؤثرة في الواقعة ومُعَرِّفَات الحُكْم الكلي، فكانت النتيجة هي: تَوْصِيف الواقعة القضائية بالحكم الكلي من أن ما شربه المدعى عليه من هذا الشراب المعين موجب للحد، ثم بعد ذلك يصدر الحكم بإيقاع الحد عليه.



المطلب الثاني
الاجتهاد المباشر

والمراد به: تقرير القاضي تَوْصِيف الواقعة المؤثرة المنقحة بالحكم الكلي من غير التزام بشكل القياس المارّ ذكره سابقاً.

وهذه كانت طريقة الصدر الأول من الصَّحَابَة؛ إذ كان أحدهم يقرر تَوْصِيف الواقعة والحكم فيها بناءً على الأدلة والبراهين والحجج من غير التزام بشكل القياس، ولا قصدٍ لموافقته أَوْ مخالفته.

وهذه الطريقة وإن ساغ للقاضي سلوكها إذا ساق من الأدلة ما يؤيد توصيفه وحكمه إلاَّ أَنَّ الالتزام بالطريقة الأولى (القياس القضائي) مما يساعد على تنظيم التفكير القضائي، ويسهِّل على القاضي عمله ويسدد اجتهاده، ويكون أقرب لصوابه، وأسرع لاجتهاده[1].

❑ ❑ ❑

(١) الفكر السامي ١/ ٨٤.



المبحث الثالث

وحدة التَّوْصِيف القضائي وتجزئته وتَعَدُّده واتفاقه وتضاده

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : التَّوْصِيف الواحد .

المطلب الثاني : التَّوْصِيف المجزأ .

المطلب الثالث : التَّوْصِيف المُتَعَدِّد .

المطلب الرابع : التَّوْصِيف المتفق .

المطلب الخامس : التَّوْصِيف المضاد .

المطلب السادس : الفرق بين التَّوْصِيف المجزأ والمُتَعَدِّد والمتفق والمضاد .



المطلب الأول

التَّوْصِيف الواحد

والمراد به: ما كان التَّوْصِيف فيه واحداً غير مجزأ، وسواء كانت **واقعة مفردةً أَمْ مركبةً.**

فالمفردة كتَوْصِيف واقعة مبادلة مال بمال بأَنَّها بيع بعد تحقق الأوصاف المقتضية لذلك.

وكتَوْصِيف اعتداء رجل على آخر وقتله بسكين عمداً عدواناً بأَنَّه قتل عمد بعد تحقق الأوصاف المقتضية لذلك.

والمُرَكَّبَة مثل تَوْصِيف التزام زيد بتسلم المال عن عمرو بأَنَّه ضمان، فإِنَّها مركبة من كون عمرو مديناً للمدعى وأن زيداً التزم بتسليم المال عنه[1].

ففي هذه الصور كلها يكون التَّوْصِيف واحداً غير مجزأ.



(١) انظر ما سبق في الفقرة: (سادساً) من المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الثاني.

المطلب الثاني

التَّوْصِيف المُجَزَّأ

والمراد به: إعطاء الواقعة القضائية الواحدة وصفين مختلفين في آن واحد، وإعمال كلٍّ منهما على حدة.

مثاله: أَنْ يدعي رجل على زوجته بأَنَّه طلقها على عوض قدره مائة ألف ريال، وتنكر الزوجة المعاوضة على هذا الطلاق، وليس لديه بينة على ما يدعيه، فَتُوَصَّف دعواه الطلاق على أَنَّه إقرار وينفذ طلاقه، كما تُوَصَّف دعواه كون هذا الطلاق على عوض بأَنَّها دعوى مجردة عن بينة، فلا يثبت له العوض، فينفذ طلاقه من غير عوض[1].

وأصل ذلك ما قرره العلماء: أَنَّه إذا اجتمعت الأسباب فإن قَبِلَ الحُكْم التجزئةَ توزعت الأحكام على الأسباب؛ لأَنَّ الأسباب الشرعية يجب صيانتها عن التعطيل ما أمكن[2].

---

(١) شرح المنتهى ٣/ ٥٧٢.

(٢) القواعد والضوابط المستخرجة من التحرير ٣٨٠، ٣٨١.

ودليله: عن عائشة ــ رضي الله عنها ــ أَنَّها قالت: «**اختصم سعد بن أبي وقاص وعَبْدُ بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة ابن أبي وقاص عهد إليَّ أَنَّه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شَبَهاً بَيِّناً بعتبة، فقال: هو لك يا عَبْدُ، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة**»[1].

فقد أثبت النبي ﷺ نسبه لعتبة بن زمعة، فيثبت بذلك ميراثه والتحريم بين محارمه، وأمر سودة بالاحتجاب منه، فلا ينظر إليها، ولا يخلو بها، فجعل لهذه الواقعة توصيفين من جهتين، فجزأ التَّوْصِيف، وأعطى كل تَوْصِيف أثره.

قال ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «وأَمَّا أمره سودة وهي أخته بالاحتجاب منه فهذا يَدُلُّ على أصل، وهو تبعيض أحكام النسب، فيكون أخاها في التحريم والميراث وغيره، ولا يكون أخاها في المحرمية والخلوة والنظر إليها؛ لمعارضة الشبه للفراش، فأعطى الفراش حكمه من ثبوت الحرمة وغيرها، وأعطى الشبه حكمه من ثبوت المحرمية لسودة، وهذا باب من دقيق العلم وسره لا يلحظه إلَّا الأئمة المطلعون على أغواره، المَعْنِيُّون بالنظر في مآخذ الشرع

(١) متفق عليه، فقد رواه البخاري (الفتح ٥/ ١٦٣، ١٢/ ٣٢)، وهو برقم ٢٥٣٣، ورقم ٦٧٤٩، ومسلم واللفظ له (٢/ ١٠٨٠)، وهو برقم ٣٦/ ١٤٥٧.

وأسراره. . . وبالجملة فهذا من أسرار الفقه، ومراعاة الأوصاف التي تترتب عليها الأحكام، وترتيب مقتضى كل وصف عليه، ومن تأمل الشريعة أطلعته من ذلك على أسرار وحكم تبهر الناظر فيها»[1].

ولا يختص تجزئة الأحكام وتبعيضها بالنسب، بل يشمل صوراً غيرها؛ قال ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ): «قد تتبعض الأحكام بحسب تفاوت أسبابها، وهذه قاعدة لطيفة تستدعي معرفة مآخذ المسائل، ومعرفة عللها وحكمها، فتترتب آثارها عليها بحسب ذلك»[2]، وذكر لذلك أمثلة منها:

في الشهادات: إذا شهد رجل وامرأتان، أَوْ رجل عدل وحلف معه صاحب الحق ثبت المال؛ لتمام نِصَابه، دون القطع؛ لأَنَّه لا يثبت إلاَّ برجلين.

ومنها: إذا أَقَرَّ السارق بالسرقة مرة واحدة فقد ثبت المال دون القطع؛ لأَنَّه لا بُدَّ فيه من إقرار مرتين.

ومنها: مسائل تفريق الصفقة في البيوع، والإجارات والشركات، والتبرعات وغيرها إذا جمع في العقد بين مباح ومحرم، أَوْ بين ما يملك العقد عليه وما لا يملك صَحَّ في المباح وما يملك

---

(١) شرح سنن أبي داود ٦/٣٦٦ ــ ٣٦٨، وانظر في المعنى نفسه: بدائع الفوائد ٤/١٢٩، الاختيارات ٢٧٨، فتح الباري ١٢/٣٨.

(٢) القواعد والأصول الجامعة ٧٥.

العقد عليه بملك أَوْ ولاية، وبطل ولغى الآخر[1].

ومن ذلك: أَنَّه إذا استأجر أجيرٌ مشتركٌ أجيراً خاصًّا فلكل واحد منهما حكم نفسه في الضمان، فلو تقبل الأجير المشترك خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره الخاص فأتلفه بلا تعدٍّ ولا تفريط ضمنه المشترك، ولا ضمان على الخاص[2].

ومن ذلك: الحق يكون لجماعة يقيمون عليه شاهداً واحداً، فمن حلف استحق[3].

ومن ذلك: إذا توجهت يمين على قوم في مال مشترك، فحلف بعضهم، ونكل آخرون قضي لمن حلف بِنَصِيبه، وقضي على من نكل في نَصِيبه.

ومن ذلك: أنَّ من قامت له بينة بحق معين من دين أَوْ عين وهو مدين، فأنكر ولم يقرَّ به لأحد أَوْ أقرَّ به لزيد مثلاً، فكذبه ــ قضي منه دينه، ولا يثبت الملك للمدين؛ لأَنَّه لم يَدَّعْه[4].

ومنه: ما ذكره العلماء أن من أقرّ بِحُرِّيَّة عبد ثم اشتراه صَحَّ العقد، ولزمه الثمن، وعتق عليه العبد، ويكون هذا التصرف في

---

(١) القواعد والأصول الجامعة ٧٥، ٧٦.

(٢) الكشاف ٤/ ٣٤.

(٣) شرح المنتهى ٣/ ٥٥٧.

(٤) شرح المنتهى ٢/ ٢٧٧.

المبادلة بيعاً في حق البائع، واستنقاذاً في حق المشتري، كافتداء الأسير[1].

وعلى هذا يكون للواقعة الواحدة توصيفان، ولكل تَوْصِيف حكمه على أنَّه قد يقضى في التَّوْصِيفين بدعوى واحدة، وقد تجزأ الدعوى حسب الطلب فيها وما تقتضيه الأصول من جمع الطلبات وتجزئتها.



(١) المنار مع شرحه للمصنف ٢/ ١٥٥، الكشاف ٦/ ٤٧٦.



المطلب الثالث

التَّوْصِيف المُتَعَدِّد

والمراد به: تَعَدُّد التَّوْصِيف لِتَعَدُّد الوقائع إذا صَحَّ جمع الطلبات في دعوى واحدة.

فالمدعي وهو يعرض دعواه على القاضي قد يكون فيها ما يوجب تَعَدُّد التَّوْصِيف لِتَعَدُّد الوقائع وانتظامها في دعوى واحدة، وذلك إذا ساغ جمع الطلبات في دعوى واحدة.

مثال ذلك: أَنْ يرفع شخص دعوى على آخر بدين قدره مائة ألف ريال، منه خمسون ألف ريال ثمن سيارة، وخمسون ألف ريال أجرة منزل، فهنا الفصل في القضية يلزم له توصيفان؛ أحدهما: في دعوى ثمن السيارة، والثانية: في دعوى الأجرة، ومتى ساغ جمع الطلبات فصل فيها بحكم واحد مبنى على التوصيفين، وهكذا قد يكون التَّوْصِيف أكثر من اثنين حسبما يعرض من الدعاوى.



المطلب الرابع

التَّوْصِيف المتـفـق

والمراد به: أَنْ يكون للواقعة توصيفان أَوْ أكثر يختلف بعضها عن بعض، ولكنها متفقة في الحكم القضائي، ولو انفرد أحدهما لكفى في الحكم.

فالمدعي وهو يعرض دعواه يورد من الوقائع ما يمكن توصيفه بتوصيفين أَوْ أكثر كلٌّ منها يختلف عن الآخر، ولكنها تتفق في الحكم ولو انفرد أحدها أغنى عن الآخر.

مثاله: ما حكم به القاضي أبو المطرف ابن بشر المالكي (ت: ٤٢٢هـ) من الحط من أجرة مزارع موقوفة في قرطبة بالأندلس أصابتها حشرات ضارّة بالزرع؛ لغلبة رطوبة الماء عليها، وبسبب امتناع السقاية عنها للمخافة اللاحقة بسبب الحروب شرقي المدينة، وإتلاف بعض الحيوانات البرّيّة للمزارع وغراسها، وقد جعل القاضي ذلك من قِبَل نظر القاضي لِحَظّ الأوقاف ومصلحتها باستئلاف مستأجريها، كما جعله من قِبَل الحط من الأجرة

لأجل الجائفة[1]، فوصف الواقعة بتوصيفين مختلفين، لكنهما متفقان في النتيجة.

ومن أمثلة ذلك ـ أيضاً ـ: أَنْ يدّعي رجل على ولي امرأة بأَنَّه قد غرر به، وزوَّجه موليته المعيبة من دون إخباره بعيبها ـ وهو برص في جسمها ـ، وأَنَّه لما دخل بها علم بهذا العيب، لكنه مكث معها بعد ذلك ثلاثة أشهر كان خلالها يواقعها، ثم وجد نفسه تعافها لهذا العيب وطلقها، وقد خرجت من عدتها، ويطلب إلزام المدعى عليه ـ ولي المرأة ـ بإعادة المهر الذي سلمه للمرأة، وقدره خمسون ألف ريال؛ لأَنَّه غرَّر به، فهنا المدعي لا يستحق استعادة المهر الذي يطالب به، ولا شيئاً منه، وتوصَّف الواقعة بتوصيفين:

أحدهما: أن ذلك من قِبَل مطالبة المدعي باستعادة المهر مع أَنَّه علم بالعيب وسكت عنه، بل مكث مع المرأة مع علمه بعيبها مدة ثلاثة أشهر كان يواقعها، وهذا دليل على رضاه بالعيب، ويسقط حقه في الفسخ، فقد قرر أهل العلم: أن من علم بعيب نكاح، وصدر منه ما يَدُلُّ على الرضا به من وطء بعده سقط خياره[2].

الثاني: أَنَّ المدعي قد طلق المرأة بعد علمه بالعيب، ولا يستحق استعادة المهر للتغرير بعد الطلاق؛ لأن سببه الفسخ ولم يوجد، فقد قرر أهل العلم: أن من طلق ثم طالب الولي بمهر موليته

---

(١) الأحكام الكبرى لابن سهل ٢/ ٧٤٥.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٥٢.

لأنَّه غره بعيبها فليس له ذلك؛ لأن سبب استعادة المهر الفسخ للعيب، ولم يوجد[1].

ومن أمثلة ذلك ــ أيضاً ــ: لو ادعى شخص على آخر بأن بينهما مزرعة بها غراس، وهي مملوكة لهما على وجه الشيوع، وقد أجَّر المدعي نَصِيبه على شخص ثالث، وامتنع المدعى عليه من التأجير، ويطلب إلزامه بتأجير نَصِيبه حفاظاً على الغراس حتى لا يهلك، فإذا أجاب المدعي بالمصادقة على الدعوى، وامتنع من التأجير فهنا يتوجه إلزام المدعى عليه بتأجير نَصِيبه بأجرة المثل، وتوصف الواقعة بتوصيفين، هما:

التَّوْصِيف الأول: أَنَّها من قبيل صِحَّة تأجير المشاع، وإلزام الشريك بالتأجير بأجرة المثل على الراجح؛ فقد ذكر أهل العلم: أَنَّ الشريكين في عقار مشاع ونحوه إذا أجر أحدهما، وامتنع الآخر عن التأجير أُجْبِر عليه، وهو أحد القولين في مذهب الإمام أحمد[2].

والتَّوْصِيف الثاني: أَنَّها من قبيل إجبار الشريك بإعمار الملك المشترك بينهما، وتأجير المزرعة وجه من وجوه الإعمار، وقد ذكر أهل العلم: أن مَنْ بينهما ملك مشترك، واحتاج للإعمار، وطلب أحدهما من صاحبه أَنْ يعمره معه أُجْبِر على ذلك إذا امتنع[3].

---

(١) منار السبيل ٢/ ١٨١ ــ ١٨٢.

(٢) مختصر الفتاوى المصرية ٣٢٣، الروض المربع ٥/ ٣٠٩.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٢٧٢، الروض المربع ٥/ ١٥٨.

فتَوْصِيف الواقعة بتوصيفين متفقين في الحكم القضائي سائغ؛ لأَنَّ اجتماع الأدلة على المدلول الواحد مما يزيدها قوة.

يقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «. . . وهكذا يقال في اجتماع الأدلة على المدلول الواحد: أَنَّها توجب علماً مؤكداً أَوْ علوماً متماثلة، ومن هنا يحصل بها من الإِيضاح والقوة ما لا يحصل بالواحد»(١).

وثَمَّ سؤال يرد على ذلك، وهو إذا كان أحد التوصيفين ثبت حالاً، والآخر يحتاج إلى عقد جلسات للنظر فيه وإثباته، فهل يسوغ متابعته؟

والجواب: أَنَّه لا يسوغ تتبع ما لا يَتَوَقَّفُ الحكم عليه، ويقوم غيره مما ثبت مقامه؛ لما في ذلك من تأخير الحكم في القضية، وإتعاب الخصوم فيما لا يَتَوَقَّفُ الحكم عليه، والقاضي مطلوب منه حذف التطويل، ورفع التشتيت؛ يقول ابن العربي (ت: ٥٤٣هـ): «وقد يكون الرجل يأتي القضاء من وجهه باختصار من لفظه، وإيجاز في طريقه بحذف التطويل، ورفع التشتيت، وإصابة المقصود»(٢).

ويقول الشيخ محمد بن إبراهيم (ت: ١٣٨٩هـ): «. . . فعلى القاضي أَنْ يسلك أقرب الطرق التي تُنْهِي القضية، ولا يطيل على

---

(١) مجموع الفتاوى ١٠/ ١٧٥.

(٢) أحكام القرآن ٤/ ٣٤.

الخصوم الأخذ والرد، أَوْ يتركهم يتخبطون في وجهة غير مجدية، وهو يجد لهم طريقاً شرعية أقرب منها»[1].

ويقول ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): «ومعلوم أَنَّه من قامت عليه حجة ببينة في مسألة علم، أَوْ حق من حقوق العباد التي يتخاصمون فيها لو قال: أنا لا أقبل حتى تقوم عليه الحجة ثانية وثالثة كان ظالماً متعدياً، ولم تجب إجابته إلى ذلك، ولا يُمَكِّن الحكامُ الخصومَ من ذلك، بل إذا قامت البينة بحق المدعي حُكِمَ له بذلك، ولو قال: أريد بينة ثانية وثالثة ورابعة لم يُجَب إلى ذلك»[2]، لكن إذا كان فيه زيادة فائدة ساغ للقاضي الأخذ به.



(١) فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٨١.

(٢) الجواب الصحيح ٤/ ٢٧٥.

المطلب الخامس

التَّـوْصِيف المُضَـادّ

والمراد به: تَوْصِيف دفع المدعى عليه بما يقطع ويسقط دعوى المدعى، فالمدعي وهو يدعي ويثبت دعواه ينتهي فيها القاضي إلى تَوْصِيف، ولكن ما يدفع به المدعي الدعوى هو الآخر يحتاج إلى تَوْصِيف على ضوء ما يثبت من وقائع، وقد ينتهي تَوْصِيف دفوع المـدعـى عليـه بمـا يسقـط تَـوْصِيـف دعـوى المـدعـي، فهـو المـراد بالتَّوْصِيف المضاد.

وذلك مثل: أَنْ يدعي المدعي بأَنَّه باع سيارة على المدعى عليه، فيقر المدعى عليه بذلك، ولكنه يدفع بأَنَّ المدعي أقاله من هذا العقد، فهنا على القاضي التحقق مما دفع به المدعى عليه، فإذا توصل إلى توصيفه بالإقالة كان ذلك رافعاً لحكم ما وصف به دعوى المدعي.

وهكذا لو ادعى رجل ديناً على المدعى عليه، كقرض، ثم أقر

المدعى عليه بالقرض، ودفع بأَنَّه قد باع على المدعي سيارة بمثل الدَّين، وطلب المقاصة، فإذا تحقق ما دفع به المدعى عليه، ووصف بأَنَّه بيع صَحِيح له آثاره، وتحقق صِحَّة المقاصة كان ذلك مضاداً لتَوْصِيف تصرف المدعي وهو القرض، ورافعاً لحكم ما وصف به دعوى المدعي، وتساقط الدَّيْنان.

ومثال ثالث وهو لو أن رجلاً ادعى بشفعة في عقار على آخر لاشتراكهما في طريق غير نافذ، ودفع المدعى عليه بأَنَّه لا حقَّ للمدعي في الشفعة؛ لأنني شريك في الأصل مع البائع في العقار مشاعاً[1]، كما أنني شريك مع البائع والشافع في الطريق المذكور بملك آخر لي، وأنا أقرب جواراً للمبيع[2]، فإذا تحقق ما دفع به المدعى عليه كان ذلك مضاداً لما يثبت للمدعي من شفعة ودافعاً له؛ ذلك أَنَّ الدعوى لا تستقر على حال، بل تنتقل من حال إلى حال حسب إجابة المدعى عليه ودفوع الطرفين فيها، فيكون المدعى عليه مدعياً في حال، كما يكون المدعي مدعى عليه في

---

(١) الشريك في العقار مشاعاً مقدم في الشفعة على شريك المنافع مع الجوار. [انظر: الإنصاف ٦/ ٢٥٦، حاشية العنقري على الروض ٢/ ٤٠٤، الدرر السنية ٥/ ٢٢٧].

(٢) الأقرب جواراً من شركاء المنافع أحق بالشفعة [انظر: فتح الباري ٤/ ٤٣٨].

حال والدعوى واحدة[1]، ومن هنا كان مسوغ وجود التَّوْصِيف المضاد.

لكن التَّوْصِيف النهائي الذي يبنى عليه الحكم تنتفي فيه المضادة، ويثبت فيه تَوْصِيف واحد؛ فإذا ثبت الدفع وُصِّفَ جواب المدعي، وصير إلى أثره بما يسقط الدعوى، وإن لم يثبت وُصِّفَت الدعوى، وألزم المدعى عليه بأثرها.



(١) في تحول المدعي إلى مدعىً عليه في حال، والمدعى عليه إلى مدَّع في حال [انظر: فتح القدير ٦/ ١٣٠، المغني ١٢/ ١٦٢].

المطلب السادس

الفرق بين التَّوْصِيف المُجَزَّأ والمُتَعَدِّد والمتَّفق والمُضَادّ

تتَّفق جميعها بأَنَّ الواقعة المراد الحكم فيها لها **توصيفات مُتَعَدِّدَة؛ اثنان أَوْ أكثر**، لكنها تختلف في جهة النظر إليها.

فالتَّوْصِيف المجزأ: تكون الواقعة فيه واحدة اشتملت على أوصاف، ولكن نظر إليها حسب أوصافها وأسبابها من جهتين، وأعطيت كل جهة توصيفها، فمن ادعى خُلْع زوجته على عوض ولم يثبت العوض أخذناه بإقراره في الخلع، فَفُرِّق بينه وبين زوجته، ولم يحكم له بالعوض لعدم ثبوته.

أَمَّا التَّوْصِيف المُتَعَدِّد: فإنَّ الوقائع في الدعوى الواحدة مُتَعَدِّدة، وأثرها مُتَعَدِّد، ولا يعارض بعضها بعضاً، ولا يدخل بعضها في بعض، فجمعناها في حكم واحد، فمن ادعى بخمسين ألف ريال؛ نِصْفها ثمن مبيع، ونِصْفها الآخر قرض أعطينا كل عقد توصيفه، وجمعنا أثرها بالحكم فيها بحكم واحد جامع للتوصيفين؛ لأَنَّه لا تعارض بينها.

أَمَّا التَّوْصِيف المتفق: فإنَّ الوقائع مُتَعَدِّدة؛ وكل واقعة لها تَوْصِيف مستقل، وقد أوردها المدعي في دعوى واحدة، وأثرها واحد لا يَتَعَدَّدُ، وكلها تتفق مع طلبه في الدعوى، وحكمها واحد، وأي واقعة منها تثبت وتوصف تغني عن الأخرى، وإذا اجتمعت أمكن بناء الحكم عليها معاً، ولا يعارض بعضها بعضاً، فمن ادعى بمهر على ولي امرأة تزوجها وطلقها بأَنَّه غَرَّه بعيب فيها، وكان قد مكث معها، وواقعها بعد علمه بعيبها ـ فلا يستحق عليه شيئاً من ذلك؛ لأَنَّه طلقها، والمطالبة بالفسخ للعيب تكون قبل الطلاق لا بعده، ولأَنَّه واقعها بعد علمه بعيبها، وهذا يسقط خياره الموجب لرد المهر.

أَمَّا التَّوْصِيف المضاد: فإنَّ الواقعة المدعاة ذات تَوْصِيف واحد، ولكن عارضها تَوْصِيف دفع المدعى عليه بما يسقط الدعوى، فانتهت الواقعة إلى الأخذ بتَوْصِيف واحد هو تَوْصِيف الدفع المسقط للدعوى، فمن ادعى بثمن مبيع، ودفع المدعي بالإقالة وثبتت فإنَّه يؤخذ بها، فقد كان للدعوى تَوْصِيف وللدفع تَوْصِيف، ولكن التَّوْصِيف الذي أنتج أثره في الحكم القضائي هو التَّوْصِيف بالإقالة.

❑ ❑ ❑

الفصل الثاني

وظيفة الخصم والشاهد والقاضي في التَّوْصِيف القضائي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: وظيفة الخصم في التَّوْصِيف القضائي.

المبحث الثاني: وظيفة الشاهد في التَّوْصِيف القضائي.

المبحث الثالث: وظيفة القاضي في التَّوْصِيف القضائي.



المبحث الأول
وظيفة الخصم في التَّوْصِيف القضائي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تقديم الخصم الوقائع وتحديده الطلبات تحديد لاتجاه التَّوْصِيف .

المطلب الثاني : تقرير الخصم في دعواه الأوصاف المؤثرة في التَّوْصِيف يُعَدُّ عملاً مهمًّا فيه .

مدخل

إنَّ الخصم ـ مدَّعياً أَوْ مدَّعى عليه ـ له أثرٌ مُهِمٌّ في تَوْصِيف الواقعة القضائية، فهو يقدم وقائعها، ويحدد طلباتها، ويذكر أوصافها الشرعية المؤثرة في الحكم، ونبين ذلك مفصلاً في المطلبين التاليين:





المطلب الأول

تقديم الخصم الوقائع
وتحديده الطلبات تحديد لاتجاه التَّوْصِيف

فالخصم هو الذي يحدد اتجاه التَّوْصِيف، وذلك بما يقدمه من دعوى، وإجابة، ودفوع، وطلبات في الدعوى، والقاضي ملزم بتَوْصِيف ما يقدمه الخصوم في نطاق الدعوى، والإجابة، والدفوع، والطلباتِ، ليس له إهمالها ولا تجاوزها، فلا يحكم القاضي للخصم بما لم يطلبه، ولا يتجاوز ما طلبه إلى غيره، قال الفقهاء: القاضي لا يقضي بما لم يطلبه الخصوم، وإذا كانت الدعوى في شيء فلا يقضي في غيره[1].

فسبق الدعوى والطلب شرط لِصِحَّة الحكم في الحقوق الخاصة.

---

(١) الفواكه البدرية ١٤٤، موجبات الأحكام ٧٠، مغني ذوي الأفهام ٢٢٣.

أَمَّا في حق الله كطلاق وتعزير وحدٍّ فيكفي في التَّوْصِيف ملاقاته للبينات ولو لم يطابق الطلبات[1].

فمراعاة الدعوى والإجابة والدفوع والطلبات أمرٌ لا يمكن للقاضي تجاوزه وهو يقرر تَوْصِيف الواقعة القضائية في الحقوق الخاصة.

❑ ❑ ❑

(١) سبق ذلك: في الفقرة (٦) من ضوابط التوصيف القضائي من تمهيد الباب الثالث.

المطلب الثاني

تقرير الخصم في دعواه الأوصاف المؤثرة في التَّوْصِيف يُعَدُّ عملاً مُهِمّاً فيه

إنَّ ذكر الأوصاف الشرعية المؤثرة في الحكم للواقعة المدعاة من واجب الخصم، فالخصم هو صاحب الدعوى، ويلزمه كل ما يؤدي إلى صِحَّتِها واتضاحها للقاضي، فعلى الخصم تحريرها، ومن ذلك في الجملة: ذكرُ الأوصاف الشرعية المؤثرة في الحكم للواقعة المدعاة، فمثلاً: من ادّعى القصاص في النفس من قاتل مورثه عَيَّن القاتلَ، وذَكَرَ القتل، وأنَّه عمد، وَوَصَفَ العمدية؛ هل هي عدوان أَوْ بحق؟ وَوَصَفَ الجناية، وأَنَّ القاتل انفرد بقتله أَوْ شاركه غيره؟ ووصف المشاركة إن كانت[1].

ومن ادعى على ورثة متوفى بدين عليه لزمه أَنْ يذكر بأَنَّ

---

(١) شرح عماد الرضا ١/٦٧، الحاوي ١٧/ ٣١٠، الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٨٧، المحرر ٢/ ٢٠٧، الإنصاف ١١/ ٢٨٠.

المتوفى مدين له، وأَنَّه مات قبل وفاء دينه، وأَنَّه يوجد تحت يد الورثة ما يكفي لقضاء دينه(1).

ومن ادعى نكاح امرأة ابتداءً لزمه ذكر شروط صِحَّة النكاح من تعيين الزوجة، ورضاها، وأَنَّه تَمَّ بولي وشاهدين(2).

فذكر الأوصاف الشرعية المؤثرة في الحكم يُعَدُّ عملاً مُهِمّاً للخصم في تهيئة الواقعة للتَوْصِيف، فالادعاء والجواب والدفوع وما يلزم لصحتها يقع على كاهل الخصم وعلى القاضي تحديد الحكم الكلي الفقهي الذي تُوَصَّف به الواقعة(3).

ولو سكت الخصم عن بيان شيء من أوصاف الواقعة المؤثرة في التَّوْصِيف من نحو ما ذكرنا وجب على القاضي سؤاله عن ذلك.

ولا يلزم الخصم تَوْصِيف الدعوى، بل يكفي منه وصفها على نحو ما ذكرنا.

---

(1) شرح عماد الرضا ١/ ١١٩، الهداية لأبي الخطاب ٢/ ١٣٧، الكشاف ٦/ ٣٤.

(2) الحاوي ١٧/ ٣١١، الروضة للنووي ١٢/ ١٤، الإنصاف ١١/ ١٧٧، الكشاف ٦/ ٣٤٦، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٠٣ ـ ٥٠٤.

تنبيه: ليس كل الوقائع يلزم ذكر شروطها عند الدعوى، بل منها ما يكفي فيه الإطلاق كالبيع؛ حملاً على أصل الصِّحَّة في التصرفات بتحقق الشروط [الحاوي ١٧/ ٣١٣، الروضة للنووي ١٢/ ١٤، المغني ١٢/ ١٦٦، الإنصاف ١١/ ٢٧٨، المبدع ١٠/ ٧٦].

(3) مزيل الملام ١١١، ١١٤، ١٢٠.

ولو وَصَّف الخصم الواقعة، فذكر أَنَّها من قبيل الجعالة أَوْ الإجارة فتوصيفه لا يلزم القاضي، بل القاضي يقرر التَّوْصِيف الملاقي للواقعة طبقاً لأوصافها الشرعية المستفادة من دعوى الطرفين وبيناتهما وطلباتهما.



المبحث الثاني

وظيفة الشاهد في التَّوْصِيف القضائي

وفيه تمهيد، وأربعة مطالب:

التمهيد: وظيفة البينة إجمالاً في التوصيف.

المطلب الأول: تحرير الشاهد شهادته بذكر الأوصاف المؤثرة في الحكم تحديد لمعالم التوصيف.

المطلب الثاني: الشاهد سفير الوقائع ينقلها للقاضي ولا يُوَصِّفها.

المطلب الثالث: شهادة الشاهد بناءً على النظر والاستدلال لا تُعَدُّ توصيفاً.

المطلب الرابع: حقيقة طرق الحكم (أدلة الإثبات) وأثرها في التَّوْصِيف.



التمهيد

وظيفة البينة إجمالاً في التَّوْصِيف

لا شكّ أنَّ للبينة ـــ شهادة أَوْ قرينة أَوْ غيرها ـــ عَمَلاً مهمّاً في تَوْصِيف الواقعة القضائية، فهي تعين على تهيئة الواقعة للتَّوْصِيف؛ لأَنَّها تحدد أوصاف الواقعة التي ينكرها الخصم، ومنها يقرر أَوْ يستنبط القاضي الأوصاف المؤثرة للواقعة، ويحدد التَّوْصِيف الملائم لها على ضوء ما يقرره من حكم كلي.

فالبينة تحدد معالم التَّوْصِيف للقاضي، وترسم طريقه بحيث لا يعدل القاضي عن هذا الطريق من غير مسوغ، ولقد قرر الشيخ عبد العزيز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ) هذه المكانة المهمة للبينة بقوله: «المفتي أسير المستفتي، والحاكم أسير الحجج الشرعية والظواهر»[1].

وقال ـــ أيضاً ـــ: «... فالأسباب مثبتة، والأدلة مظهرة»[2].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ٩٢، وانظر: الإحكام للقرافي ٢٦.

(٢) المرجع السابق ٢/ ٤٨.

فالحق تظهره البينات، وتحدد وتبين أوصافه، فالشاهد ـ مثلاً ـ يظهر على لسانه الحق؛ لإخباره بالسبب الذي يثبت به حكم الشرع[1]، وإقرار الخصم بالواقعة على صفة معينة يعين على تهيئتها للتَّوْصِيف، ولا يكون توصيفاً بنفسه؛ لأَنَّ التَّوْصِيف يراعى فيه عدة أحكام وأصول، منها: صفة ثبوت الحق، وأصول التَّوْصِيف، وغير ذلك مما سلف ذكره.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ الواقعة التي تهيأ للتَّوْصِيف قد تبنى على طريق واحد من طرق الحكم من الإقرار، أَوْ الشهادة، أَوْ القرينة، كما قد تبنى على طريقين أَوْ أكثر من طرق الحكم يثبت كل واحد منها وصفاً مؤثراً في الحكم، ويكمل به صورة الواقعة المهيئة للتَّوْصِيف، ومن هنا جاء تركيب البينة وإفرادها[2].



(١) إعلام الموقعين ٤/ ١٧٤.

(٢) البينة المفردة: أَنْ يشهد الشاهد بجميع الوقائع المؤثرة في الدعوى.
والبينة المركبة: أَنْ يشهد شاهد ببعض الوقائع المؤثرة في الحكم، ويشهد آخر على بقيتها، مثل أَنْ يشهد شخص بأَنَّ الأرض الفلانية ملك للمدعي، ولكن لا يعرف حدودها، ويشهد آخر بأن حدود الأرض الفلانية كذا وكذا، ولا يشهد بملكيتها للمدعي [السيل الجرار ٤/ ١٣٥].

المطلب الأول

تحرير الشاهد شهادته بذكر الأوصاف المؤثرة في الحكم تحديد لمعالم التوصيف

إن على الشاهد عند أداء شهادته أَنْ يذكرها مفصلة محررة، كما يحرر المدعي دعواه ببيان ما يرفع الجهالة عنها، مثل ذكر حدود العقار، ومقدار النقود، وجنسها، ونحو ذلك، وعليه أَنْ يذكر جميع الأوصاف المؤثرة في الحكم و المتعلقة به، فإن شهد برضاع ذكر عدد الرضعات، وهل هي في الحولين؟ وهل اللبن قد ثاب عن حمل أَوْ لا؟ وإن شهد بقذف ذكر اللفظة الصادرة من القاذف.

وَذِكْر الشاهد شهادته مفصلة مبينة الصفات المؤثرة في الحكم في الصور آنفة الذكر إذا أحاط بها علم الشاهد هو مذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو قول للشافعية.

وفي قول للشافعية هو ظاهر المذهب عندهم: لا يلزم التفصيل، بل تَصِحُّ الشهادة مجملة؛ حملاً على أصلِ الصِّحَّة.

والأول أظهر؛ لأَنَّ الشاهد مخبر بما يراه ويسمعه، مؤدٍ لما نقله وتحمله.

ولأَنَّ الشهادة لا تثمر إلاَّ إذا بينت الأوصاف المؤثرة في الحكم[1].

ومن أمثلة ذلك: أَنَّ الشاهد إذا شهد بابتداء نكاح فعليه أَنْ يذكر شروطه، ولا يلزم ذلك في الشهادة على استدامة النكاح ولا في البيع؛ حملاً على الغالب في تصرفات الناس، وهو جريانها على الصِّحَّة دون البطلان[2].

وإذا شهد بدين ذكر سببه عند الاقتضاء[3]، جاء في الاختيارات: «ويتوجه أَنَّ الشهادة بالدَّيْن لا تقبل إلاَّ مفسرة للسبب، ولو شهد شاهدان أن زيداً استحق من ميراث مورثه قدراً معيناً، أَوْ من وقف كذا وكذا جزءً معيناً، أَوْ أَنَّه يستحق منه نَصِيب فلان ونحو ذلك فكل هذا لا تقبل فيه الشهادة إلاَّ مع بيان السبب. . . وحينئذ فإذا رأى

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧، تبصرة الحكام ١/ ٢٦٣، معين الحكام لابن عبد الرفيع ٢/ ٦٢١، البهجة ١/ ١٣٠، شرح عماد الرضا ١/ ٢١٤، الحاوي ١٧/ ٢٢٨، أدب القضاء ٣٩٤، المغني ١٢/ ١٣٦، الروض المربع ٧/ ٥٨٨، شرح المنتهى ٣/ ٥٣٩.

(٢) الإنصاف ١١/ ٢٧٨، الكشاف ٦/ ٤١٠، شرح المنتهى ٣/ ٥٣٩.

(٣) أدب القضاء ٣٨٥، نهاية المحتاج ٨/ ٣٢٣، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٩٧، شرح المنتهى ٣/ ٥٣٧.

الحاكم أن ذلك السبب يفيد الانتقال حَكَم به، وإلاَّ رُدَّت الشهادة»[1].

لكن إذا شهد الشاهد بإقرار ونحوه مطلقاً، فيكفي نقل الإقرار على الصفة التي تمَّ عليها ويعمل به ولو لم يتضمن ذكر السبب[2] ما لم يظهر ما يستوجب رده من وجه آخر.

فالشاهد إذا حرر شهادته على صفة ما ذكرنا يكون قد حدد معالم التَّوْصِيف، ولا يكون ذلك منه توصيفاً للواقعة.



(١) الاختيارات ٣٥٦.

(٢) شرح المنتهى ٣/ ٥٣٧، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٩٧.



المطلب الثاني

الشاهد سفير الوقائع ينقلها للقاضي ولا يُوَصِّفها

إنَّ على الشاهد أَنْ ينقل للقاضي صورة ما سمعه، أَوْ رآه، أَوْ علمه من إقرار، أَوْ عقد بيع، أَوْ غصب، أَوْ إتلاف، أَوْ قتل، أَوْ غير ذلك من الوقائع المؤثرة، وذلك على صورة ما تحمله، والقاضي بعد ذلك هو الذي يوصف الوقائع، ويرتب عليها الأحكام، فالشاهد سفير، والقاضي مُوَصِّفٌ لها[1].

يقول ابن أبي الدم (ت: ٦٤٢هـ): «فهو ـ يعني الشاهد ـ سفير الحاكم فيما ينقله من قول أَوْ فعل على ما رآه أَوْ سمعه، ثم الحاكم ينظر فيما نقله الشاهد إليه، فإذا كان سبباً صالحاً عنده إمَّا مُجْمعاً عليه أَوْ مجتهداً فيه ورآه مذهباً له رَتَّبَ عليه موجبه، وإن لم يره سبباً صالحاً وهو مجتهد فيه لم يعمل به.

---

(١) أدب القضاء ٣٨٥، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، نهاية المحتاج ٨/ ٣٢٣ ـ ٣٢٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٩٦.

فإذاً وظيفة الشاهد نقل ما رآه أَوْ سمعه، ووظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها متى ساغ ذلك شرعاً»[1].

ومن **ذلك**: لو ادعى رجل بعيب في دار اشتراها، وطلب رد المبيع فإِنَّ شاهد الخبرة لا يشهد بأَنَّ العيب قديم موجب للرد، بل يشهد بأَنَّ العيب قديم، ثم يشهد أهل البَصَر بقِيَم العقارات إذا لم يعرفه الشاهد الأول بأَنَّه ينقص من قيمة المبيع عادة، ثم القاضي بعد ذلك يوصف العيب بأَنَّه موجب للرد أَوْ لا.

فلا يقبل من الشاهد حكاية وجوب الحق، بل يؤديه على وجه الشهادة، ووظيفة القاضي توصيفه، وترتيب الأحكام عليه[2].

ولا يعارض هذا أَنَّه لا بُدَّ للقاضي عند تَوْصِيف الواقعة من سماع رأي أهل الخبرة عند الاقتضاء في بيان كون الشيء المختلف فيه بين الخصمين تعدياً أَوْ تفريطاً ليرتب عليه التَّوْصِيف الملائم للواقعة؛ لأن بيان أهل الخبرة لذلك معدود من أدلة وقوع الحكم المتعلقة بإثبات الواقعة أَوْ شيء من أوصافها أَوْ نفيها، وفرق بين الأمرين، وسيأتي لذلك مزيد بيان في المطلب التالي.



(١) أدب القضاء ٣٩٤ ـ ٣٩٥.

(٢) معين الحكام للطرابلسي ١٣٠، تبصرة الحكام ٢/ ٨١ ـ ٨٢، البهجة ١/ ٢١٤، أدب القاضي لابن القاص ١/ ١٩٠، الروض المربع ٤/ ٤٤١.

المطلب الثالث

شهادة الشاهد بناء على النظر والاستدلال لا تُعَدُّ توصيفاً

هناك صور يشهد فيها الشاهد بناءً على النظر، والاستدلال، ومعرفته بكُنْهِ الشيء المشهود عليه وحقيقته، فشهادته بذلك لا تُعَدُّ منه توصيفاً للمشهود به، بل شهادة بدليل وقوع الحكم.

وذلك مثل: شهادة الطبيب البيطري بقِدَم عيب الحيوان أَوْ حدوثه، وشهادة أهل الخبرة بالضرر وحدوثه، أَوْ بأَنَّ العمل الذي قام به زيد في العقار يُعَدُّ إحياءً، أَوْ بأن ما قام به الأمين من أجير خاص ونحوه تجاه حفظ العين يُعَدُّ حفظاً لأمثالها أَوْ تعدياً أَوْ تفريطاً، أَوْ بأن صفة الشيء المباع وهيئته يُعَدُّ غرراً وجهالة، ونحو ذلك مما يعرف بالنظر والاستدلال.

وإذا أدى الشاهد الشهادة على الوجه السالف ذكره فتأتي وظيفة القاضي بتقدير قبول البينة وردها، والنظر في بقية الأوصاف المؤثرة في الحكم، والتحقق من شروطها وانتفاء موانعها، ومراعاة أصول التَّوْصِيف، ثم تقرير التَّوْصِيف من قبل القاضي.

فالشاهد يقرر كُنْهَ الشيء المشهود به حسب الخبرة، وأن ما فعله الأمين كالراعي يُعَدُّ تعدياً أَوْ تفريطاً، وأن هذا الشراب مسكر.

وأَنَّ الصفة الفلانية في العين المستأجرة تُعَدُّ عيباً، والقاضي هو الذي يقوم بتوصيفه بكونه تعدياً أَوْ تفريطاً موجباً للضمان، وأن هذا الشراب موجب للحدِّ، وذلك بعد تحققه من الأسباب الموجبة لذلك واستيفاء شروطها وانتفاء موانعها، وهكذا في جميع الصور والأمثلة المشابهة[1].

فإذا وقع حادثُ سيرٍ بين سيارتين، وحصل بها أَوْ برُكَّابِها تلف فإن أهل الخبرة هم الذين يقومون بالتحقيق في الحادث، والنظرِ فيمن كان متعدياً أَوْ مفرطاً أَوْ مشاركاً في ذلك من طرفي الجناية بمباشرة أَوْ تسبب، وعليهم في سبيل ذلك تحديد نسبة الضمان في هذه الجناية ربعاً، أَوْ ثلثاً، أَوْ نِصْفاً، أَوْ كاملةً، أَوْ غير ذلك بناءً على النظر في أدلة الحادث وما يُعَدُّ تعدياً أَوْ تفريطاً أدى إلى وقوع الحادث أَوْ شارك في وقوعه، وإذا لم يكن في التقرير طعن بمخالفته لأمر شرعي فإن القاضي هو الذي ينزل الحكم الكلي على الواقعة ويوصِّفها به، ومن ثَمَّ يلزم بالضمان؛ ذلك أن عمل أهل الخبرة هو من قَبِيل دليل وقوع الحكم، وإيجاب الضمان من قبيل دليل شرعية الحكم، والأول عمل أهل الخبرة، والثاني هو عمل القاضي.

---

(١) تنبيه الحكام ٧٤، ٧٦، تبصرة الحكام ١/ ٢٤٤، إعلام الموقعين ٤/ ٥، بدائع الفوائد ٤/ ١٥، الكشاف ٤/ ٣٤، ٣٦، فتاوى ورسائل ١١/ ٣١٢.

المطلب الرابع

حقيقة طرق الحكم (أدلة الإثبات) وأثرُها في التوصيف

لقد ذكر الفقهاء حقيقة طرق الإثبات والحكم كلاًّ على حدةٍ، ولما لها من أهمية في إعانة القاضي على التَّوْصِيف فإنَّني أبينها فيما يلي:

أولاً: الإقرار:

ذهب الجمهور من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، وأكثر الحنفية[4] إلى أن حقيقة الإقرار إخبارٌ وإظهارٌ للحق المقر به، لا إنشاء له، ولا تمليك للمقر له؛ لأَنَّه حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره.

---

(١) حاشية البناني ٦/ ٩١، البهجة ٢/ ٦٠١.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٣٨، حاشية قليوبي ٣/ ٢.

(٣) شرح المنتهى ٣/ ٥٦٩، الكشاف ٦/ ٤٥٢.

(٤) الفواكه البدرية ١٤٢، منحة الخالق ٧/ ٢٤٩.

وخالف بعض الحنفية فقالوا: إنَّ الإقرار إخبار من وجه، وتمليك وإنشاء من وجه آخر، فهو إخبار ظاهراً، وإنشاء معنى[(١)].

ومذهب الجمهور هو الراجح؛ لما عللوا به.

ولذا فإنَّ القاضي يلحظ عند تَوْصِيف الواقعة المبنية على الإقرار والحكم المرتب عليها أَنَّ الإقرار إخبار وإظهار، وليس إنشاءً للحق، ولا تمليكاً للمقر به.

ثانياً: الشهادة:

يقرر الفقهاء: أَنَّ الشهادة عند اجتماع شروطها تُعَدُّ مظهرة للحق لا منشئة له ولا ملزمة به، بل القاضي هو الذي يلزم بموجبها[(٢)].

ولا يعارض هذا ما ذكره ابن تَيْمِيَّةَ (ت: ٧٢٨هـ): من أَنَّ الشهادة سبب موجب للحق[(٣)]؛ لأَنَّها لا توجب الحق بنفسها، بل بقضاء القاضي عند استجماع شروطها، فهي سبب موجب للحق بقضاء القاضي، لا موجبة له بنفسها مطلقاً.

وقد سبق بيان وظيفة الشاهد، وأَنَّه سفير الوقائع للقاضي،

---

(١) الفواكه البدرية ١٤٢، البحر الرائق ٧/ ٢٤٩.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٢، الإنصاف ٣/ ١٢، مواهب الجليل ٦/ ١٥١، وسائل الإثبات ١٣٨.

(٣) الاختيارات ٣٥٤.

والقاضي هو الذي يوصفها بعد ظهورها من الشاهد، ويلزم بهذا التَّوْصِيف وأثره.

ثالثاً: الشاهد واليمين:

الحكم بالشاهد واليمين مما اختلف في حقيقة الحكم به على ثلاثة أقوال، هي:

(أ) أَنَّ الحكم يقع بالشاهد واليمين معاً.

وهو الأَصَحّ عند الشافعية[1]، وقول للمالكية[2].

لأَنَّ الأحاديث الواردة في الحكم بها علقت القضاء عليهما معاً.

(ب) أَنَّ الحكم يقع بالشاهد فقط، واليمينُ تقويةٌ.

وبذلك قال الحنابلة[3]، وهو أحد الأقوال للمالكية[4]، والشافعية[5].

لأَنَّ الشاهد حجة الدعوى، وعليه يبنى الحكم، واليمين إِنَّما هو قول الخصم مؤكد، فلا يكون معتمداً للحكم، وإِنَّما تقوية للشاهد.

---

(١) أدب القضاء ١٦٣، ٤٢٨، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٥٢، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٣.

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٣٢٨.

(٣) الطرق الحكمية ١٨٧، النكت على المحرر ٢/ ٣٥١.

(٤) تبصرة الحكام ١/ ٣٢٨.

(٥) أدب القضاء ١٦٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٣.

(ج) أَنَّ الحكم يقع باليمين فقط، ولا يُعْتَدّ بالشاهد، وإنَّما هو لترجيح جانب المدعي.

وهذا أحد الأقوال للمالكية اختاره أهل خراسان منهم[1]، وهو قول للشافعية[2].

ولم أقف على ما عللوا به.

والراجح القول الأول، وهو أَنَّ القضاء يقع بالشاهد واليمين معاً؛ لما استدل به قائلوه، ولأَنَّ الخصم لو نكل عن أداء اليمين لم يُقْضَ له، واليمين إنَّما هي قول الخصم مؤكد، كما أَنَّه إذا لم يكن شاهد فلا يحكم له، ولا يعارض هذا أَنَّ الضمان يقع على الشاهد عند بعضهم لو رجع عن شهادته؛ لأَنَّ الأحكام تتجزَّأ.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ الواقعة توصف بشهادة الشاهد؛ لأَنَّه هو الأصل في البينة هنا.

رابعاً: اليمين:

يمين المدعى عليه عند عدم البينة رافعة للدعوى، لا مثبتة للحق أَوْ الملك، فمن ادُّعِيَ عليه بعين تحت يده كسيارة، ولم يثبت المدعي دعواه فيُحْكَم ببراءة المدعى عليه من الدعوى، ولا يقضى له

---

(١) إحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٣٤.

(٢) أدب القضاء ١٦٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٣.

بثبوت العين[1].

وهذا من التَّوْصِيف السلبي؛ لأَنَّه لم يثبت شيء من الأوصاف المدعاة حتى توصف بالحكم الكلي[2].

خامساً: النكول:

إذا وجبت اليمين على المدعى عليه لعدم البينة، ثم نكل عنها، فما هي حقيقة هذا النكول؟ اختلف فيه على ثلاثة أقوال، هي:

(أ) أن نكول المدعى عليه إقرار منه بالمتنازع فيه.

وهو قول الصاحبين من الحنفية[3]، وقول للحنابلة[4].

لأَنَّه لو كان صادقاً في إنكاره لحلف، فلما نكل كان ذلك منه إقراراً بالحق المتنازع فيه.

(ب) أن نكول المدعى عليه بمنزلة البذل والإباحة والترك وعدم المطالبة.

---

(١) القبس ٨٩٦/٣، نهاية المحتاج ٣٥٦/٨، شرح المنتهى ٥٢٠/٣ ـ ٥٢١، ٥٦٦.

(٢) انظر في بيان التَّوْصِيف السلبي: الموضوع الرابع من تمهيد الكتاب.

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٧/٦، البناية ٤٠٥/٨، ٤١٠، درر الحكام لحيدر ٥٩٧/٤.

(٤) الإنصاف ٢٥٦/١١، مطالب أولي النهى ٥١٩/٦، الطرق الحكمية ١٦٩ ـ ١٧٠.

وهـذا قـول أبـي حنيفـة[1] (ت: ١٥٠هـ)، والقـول الثـانـي للحنابلة[2].

لأَنَّ النكول لا يَدُلُّ على الإقرار؛ لأَنَّه ربما نكل تحرّجاً من اليمين لا كذباً في الدعوى، فكان بمثابة البذل للمدعى به.

(ج) **أن نكول المدعى عليه بمنزلة إقامة البينة بالحق.**

وهذا قول للحنابلة، اختاره ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ)[3].

لأَنَّه لا يتأتى جعله مقرّاً مع إنكاره، ولا باذلاً؛ لأَنَّ البذل تبرع، ولا تبرع هنا.

قلت: لو قيل بأَنَّه طريق مستقل شُرِعَ الحكم به ولا يلزم كونه واحداً من هذه الثلاثة لكان لذلك وجه.

لأنَّ محصلةَ النكول في الجملة الحكمُ على المدعى عليه بالحق، ولا يلزم منه كونه إقراراً، ولا بذلاً، ولا بينة (شهادة)، بل قرينة دالة على صدق المدعي في دعواه، ولكن يقال في الحكم بالنكول بأَنَّه حجة الدعوى فيقضى على المدعى عليه بتسليم العين للمدعي، ولا يكون ذلك قضاءً بثبوت العين له بهذا النكول.

ومما تجدر الإشارة إليه أَنَّ الدعوى توصف بالأوصاف المقررة في اليمين المنكول عنها.

---

(١) المراجع السابقة للحنفية.

(٢) المراجع السابقة للحنابلة.

(٣) الطرق الحكمية ١٦٩ ــ ١٧٠.

سادساً: اليمين المردودة:

إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه لعدم البينة، ثم ردت اليمين على المدعي ليحلف ويستحق ما ادعاه، لكنه نكل فما حقيقة نكوله هذا عند القائلين به؟ على قولين، هما:

(أ) **أن ذلك كالإقرار**، وهو الصَّحِيح عند الشافعية[1]، والقائلين بردّ اليمين من الحنابلة[2]؛ لأَنَّه بنكوله يتوصل إلى الحق فأشبه إقراره.

(ب) **أن ذلك بمنزلة البينة**، وهو قول للشافعية[3]، والحنابلة[4].

ولم أقف على ما عللوا به.

قلت: لو قيل بأن ذلك طريق مستقل ولا يلزم كونه واحداً من القولين لكان له وجه.

ويؤيده: ما ذكره بعض الحنابلة: أَنَّه إذا نكل المدعي عن هذه اليمين صرف الحاكم المترافعين ولم يقض بينهما، ولهما التحاكم في

---

(١) نهاية المحتاج ٨/ ٣٥٨، الروضة للنووي ١٢/ ٤٥، شرح عماد الرضا ١/ ١٨٨، المنثور ٢/ ٣٢، ٣/ ٢٨٣.

(٢) الإنصاف ١١/ ٢٥٥، الطرق الحكمية ١٦٨.

(٣) المراجع السابقة للشافعية.

(٤) المراجع السابقة للحنابلة.

مجلس آخر، ومن بذل منهما اليمين قُبِلَ منه[1].

وعلى كل فالعمل بأيٍّ من القولين ـ صرف الخصمين أَوْ القضاء على المدعي بالنكول عن اليمين المردودة ـ حسب الاقتضاء باختلاف الحال في كل قضية؛ لأَنَّ القول الآخر ـ أَنَّه يقضى على المدعي بنكوله عن اليمين المردودة عند توجهها عليه ـ له قوة؛ لما في ذلك من فصل النزاع وقطعه، وهو أحد مقاصد القضاء، وعلى ذلك يُعَدُّ المدعي ناكلاً غير مستحق لما ادَّعاه، وإذا كان المدَّعى عيناً أبقيت في يد المدعى عليه، لكن لا يثبت له ملكها بذلك، ويقرر القاضي تَوْصِيف الواقعة برد الدعوى، وهذا من التَّوْصِيف السلبي.

سابعاً: اللعان:

اختلف في أيمان اللعان على أربعة أقوال، هي:

(أ) **أَنَّه شهادة**، وبذلك قال أبو حنيفة[2] (ت: ١٥٠هـ)، وهي إحدى الروايتين عند الحنابلة[3]؛ لأَنَّ الله سماه شهادة.

(ب) **أَنَّه يمين**، وهذا مذهب المالكية[4]، وقول الشافعي[5]

---

(١) العمدة مع العدة ٦٢٥، الهداية لأبي الخطاب ٢/ ١٢٨.

(٢) روضة القضاة ٣/ ١٠٣٢.

(٣) الإنصاف ٩/ ٢٣٩.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٣/ ٣٥٣.

(٥) الحاوي ١١/ ٨، ١٢.

(ت: ٢٠٤هـ)، وإحدى الروايتين عند الحنابلة[١]؛ لأَنَّ الفاسقين يلتعنان مع أَنَّه لا تقبل لهما شهادة.

(ج) **أَنَّه يمين في معنى الشهادة**، وهذا قول أبي يوسف (ت: ١٨٣هـ) من الحنفية.

(د) **أَنَّه حد فيه معنى اليمين**، وهو قول محمد (ت: ١٨٩هـ) من الحنفية.

قلت: ولو قيل إنَّه طريق مستقل ثبت بالشرع ولا يلزم كونه واحداً من هذه الأربعة لكان له وجه.

ولذا فإنَّه متى تحققت في الواقعة أوصاف اللعان المقررة في الحكم الكلي وَصَفْنَا الواقعة بأَنَّها لعان ورتبنا عليها أحكامه.

وقد بَيَّن الفقهاء آثار اللعان التي تترتب عليه، فلتراجع في مظانها[٢].

ثامناً: القرائن:

وهي أمارة تَدُلُّ على أمر خفي مصاحب لها حاليةً أَوْ مقاليةً[٣].

ويستعين القاضي بالقرينة القضائية القوية على استنباط حقيقة

---

(١) الإنصاف ٩/ ٢٣٩.

(٢) ومن مظانها: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٥٧، الإتقان لمياره ١/ ٢١٥، مغني المحتاج ٣/ ٣٨٠، المقنع مع الإنصاف ٩/ ٢٤٩.

(٣) الإثبات بالقرائن للفائز ٥٤.

ما وقع حتى يحيط به علماً، فيقرر بها ثبوت الواقعة المؤثرة أَوْ شيء من أوصافها أَوْ انتفاءها، وتُقَوَّى القرينة بيمين من شهدت له، فاليمين تشرع في جانب أقوى المتداعيين[1].

وتوصف الواقعة بما يستنبط بالقرائن من الأوصاف المؤثرة، واليمين تقوية.

وقد يستفاد التَّوْصِيف من الأمرين معاً القرينةِ واليمينِ؛ وذلك بأَنْ تكون أوصاف الواقعة المؤثرة في التَّوْصِيف بعضُها مقرَّراً بالقرينة، وباقيها مقرراً باليمين.



(١) إعلام الموقعين ١/ ٨٧، الطرق الحكمية ٤ ـ ٥، ١٣٠، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٩٢.

المبحث الثالث

وظيفة القاضي في التَّوْصِيف القضائي

وفيه أربعة مطالب، هي:

المطلب الأول : وظيفة القاضي في التوصيف.

المطلب الثاني: الاعتداد بتَوْصِيف القاضي لا غيره.

المطلب الثالث: اجتهاد القاضي في التَّوْصِيف وتكراره بتكرار النازلة القضائية.

المطلب الرابع: آداب القاضي عند التوصيف.

المطلب الأول

وظيفة القاضي عند التوصيف

التَّوْصِيف لا بُدَّ له من أطراف ثلاثة: الحكم الكلي الفقهي الواضح ذو الصفات المؤثرة المحددة في الشرع نَصّاً أَوْ استنباطاً، وواقعة ثابتة، منقحة، مهذبة، مرتبة، تبدو للناظر وكأَنَّه لم يرد في الواقعة القضائية سواها، وقاضٍ يُجْرِي التَّوْصِيف، ويقرر أَنَّ الواقعة المعروضة عليه قد توفرت فيها الصفات المؤثرة، والتي يبينها الحكم الكلي الفقهي، وبين هذه الأطراف الثلاثة تلازم لا ينفك؛ لأن كل واقعة قضائية لا بُدَّ لها من حكم كلي فقهي، وقاضٍ يجرى التَّوْصِيف ويقرره عند تحققه.

إنَّ علاقة القاضي بالواقعة تبدأ منذ خطواتها الأولى، فهو الذي يتلقى الدعوى والإجابة ودفوع الطرفين، وينقح الوقائع، ويسعى في التحقق من وجود الوقائع المؤثرة بطرق الحكم، ويحدد الحكم الكلي الفقهي ويفسره، ويقوم بتفسير الوقائع وأدلة الإثبات،

ويستنبط منها ما يتلاءم مع الواقعة، مع لحظ عدم ما يعارضها، ثم يقوم بمطابقة الحكم الكلي على الواقعة القضائية بواسطة القياس القضائي، فإذا اشتركا في الأوصاف المؤثرة اتفقا في النتيجة، وهي تَوْصِيف الواقعة بالحكم الكلي.

فالخصوم يقدِّمون للقاضي الوقائع والبينات التي تمده بأسباب ثبوت الوقائع أَوْ انتفائها، وهو يقدم الحكم الكلي الملاقي للدعوى والذي يبين أوصافها ويطبق أحدهما على الآخر بعد تفسيرهما[1].

يقول ابن القَيِّم (ت: ٧٥١هـ): «الحاكم محتاج إلى ثلاثة أشياء لا يَصِحُّ الحكم إلاَّ بها: معرفة الأدلة، والأسباب، والبينات؛ فالأدلة تُعَرِّفُه الحكم الشرعي الكلي، والأسباب تُعَرِّفُه ثبوته في هذا المحل المعين وانتفاءه عنه، والبينات تُعَرِّفُه طريق الحكم عند التنازع»[2].

فوظيفة القاضي التحقّقُ من ثبوت الوقائع المؤثرة وتفسيرُها، وتحديدُ الحكم الملاقي لها وتفسيرُه، وتَوْصِيفُ الواقعة بالحكم الكلي ملتزماً في ذلك بالدعوى، والإجابة، والدفوع، والطلبات،

---

(١) مزيل الملام ١١١ ـ ١٢١، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٧٧، تبصرة الحكام ٢/ ٥٦، شرح عماد الرضا ١/ ٥٩، أدب القضاء ٣٨٥، ٣٩٥، ٣٩٦، إعلام الموقعين ٤/ ١٧٤، الاعتصام ٢/ ١٦١، وما سبق في وظيفة الشاهد والخصم في التَّوْصِيف، وذلك في المبحث الأول والثاني من هذا الفصل.

(٢) بدائع الفوائد ٤/ ١٢.

والبينات، وأحكام المرافعات من الاختصاص وغيره، ومراعاة أصول التوصيف[1].

إنَّ التَّوْصِيف عمل لازم للقاضي يفعله ولو لم يطلبه منه أحد؛ لأَنَّه لا يمكنه الوصول إلى الحكم إلاَّ به، وفي ذلك يقول ابن سعدي (ت: ١٣٧٦هـ): «**لا بُدَّ للحاكم من الاجتهاد، وهو نوعان: اجتهاد في إدخال القضية التي وقع فيها التحاكم بالأحكام الشرعية، واجتهاد في تنفيذ ذلك الحق**»[2].



(١) سبق بيان أصول التَّوْصِيف في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثالث.

(٢) بهجة قلوب الأبرار ١٤٨.

المطلب الثاني

الاعتداد بتَوْصِيف القاضي لا غيره

إنَّ على القاضي بعد تهيؤ الواقعة للتَّوْصِيف أَنْ يتخذ قراره بتَوْصِيف الواقعة، ويَعْتَدَّ بما يقرره القاضي من تَوْصِيف للواقعة، ولا يَعْتَدَّ بأيّ تَوْصِيف خالف توصيفه من خصم أَوْ شاهد.

إنَّ الخصم المدعي غالباً ما يبدي توصيفاً للواقعة، ويتمسك به، وقد يوافقه المدعى عليه أَوْ يعارضه بتَوْصِيف آخر.

ولكن المعتدَّ به ما يقرره القاضي من تَوْصِيف للواقعة لا يعارضه تَوْصِيف الخصوم، بل لا يُعْتَدّ بتَوْصِيف الخصم المخالف لتَوْصِيف القاضي، فعلى القاضي إجراء التَّوْصِيف سواء وافق تَوْصِيف الخصم أَمْ خالفه؛ لأَنَّ الخصم ربما أخطأ في التَّوْصِيف، أَوْ صَرَفَه لصالحه فلا بُدَّ من هيمنة القاضي على ذلك جميعه، ولذا نجد أَنَّ الفقهاء يقولون: إنَّ العبرة بحكم الحاكم ولو خالف اجتهاد الخصم(١)، ويقولون: إنَّ ترتيب الحكم على أسبابه وشروطه عند

---

(١) البحر الرائق ٧/١٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣٤، مواهب الجليل ٦/ ١٣٩، الروضة ١١/ ١٥٣، الهداية لأبي الخطاب ٢/ ١٣٠، شرح المنتهى ٣/ ٥٠١، الفروع ٦/ ٤٩٠.

انتفاء الموانع مهمة القاضي لا الشاهد[1].

بَقِيَ أَنْ نشير أَنَّ القاضي لو اعتمد توصيفاً للواقعة بناءً على البينات، وكان باطن ذلك عند الخصم بخلافه، فلا يحلّ الحق باطناً للخصم بذلك، وهذا باتفاق الفقهاء في الأموال الظاهرة والأملاك المرسلة التي لم يذكر سبب تملكها، والغصوب والجنايات ونحوها[2].

وأَمَّا النكاح والطلاق وسائر ما للقاضي إنشاؤه من العقود والفسوخ فذهب الجمهور من العلماء ومنهم محمد من الحنفية (ت: ١٨٩هـ)، ومالك (ت: ١٧٩هـ)، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة، إلى أَنَّ الحكم ينفذ ظاهراً لا باطناً؛ فلا تصير المرأة في الباطن زوجة ولا مطلقة بشهادة الزور وإن حكم بذلك ظاهراً[3].

ويَقْوَى عندي أَنْ يقال: ينفذ الحكم في هذه الصورة ظاهراً وباطناً في حق المقضي عليه؛ لأَنَّه لا اختيار له في نفوذه، ولا ينفذ باطناً في حق المقضي له؛ لعلمه بحقيقة الحال، والقدرة على الامتناع عن التنفيذ؛ لأَنَّ الأحكام تتجزأ بحسب أسبابها كما سبق بيانه، والاستدلال له[4].

---

(١) أدب القضاء ٣٨٥، ٣٩٥، ٣٩٦.

(٢) الاستذكار ٢٢/ ١٦، بدائع الصنائع ٧/ ١٥، بداية المجتهد ٢/ ٤٦١، شرح السنة للبغوي ١٠/ ١١٣، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٣٣، وسائل الإثبات للزحيلي ٧٢٢.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٤٦١، مغني المحتاج ٣٩٧، المغني ١١/ ٤٠٧، المراجع السابقة.

(٤) انظر: المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الثالث.

المطلب الثالث

اجتهاد القاضي في التَّوْصِيف وتكراره بتكرار النازلة القضائية

التَّوْصِيف عمل قضائي ذهني، لا يتم على أكمل وجهه إلاَّ ببذل غاية الجهد بحيث يشعر القاضي أن لا مزيد على ما بذله، ولا يكفي فيه اجتهاد ناقص يحسّ القاضي من نفسه القدرة على المزيد من الاجتهاد[1].

فيجب على القاضي أَنْ يكون واقفاً على الأحكام الكلية الفقهية، مقتدراً على تطبيقها، باذلاً قصارى جهده في التفطن لكلام الخصوم وحججهم، ودفوعهم وبيناتهم، والسعي في التثبت منها، وتوقي خداع الخصوم وشبهاتهم، وذلك يستدعي من القاضي أَنْ يكون واعياً يملك القدرة على الجمع، والمقارنة، والقياس، والتقاط الأوصاف المؤثرة، وتمييز الفروق المقررة، وتحديد

(١) المدخل لابن بدران ٣٦٧، بهجة قلوب الأبرار ١٤٨ .

الأوصاف المتفق عليها والمختلف فيها بين الخصمين، والمضي في إثباتها واستنباطها وتوصيفها[1].

ومما يعينه في هذا الباب مطالعة كتب النوازل فتوىً وقضاءً، واطلاعه على أقضية من سبقه، والتعرّف على طريقة تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية[2].

إنَّ العمل القضائي يتطلب مهارة تستوعبه حتى لا يُفْسِد القاضي أكثر مما يصلح؛ يقول الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) في المفتي: «المستفتي عليل، والمفتي طبيب، فإن لم يكن ماهراً بالطب، وإلاَّ قتله»[3]، وهكذا القاضي.

إنَّ الاجتهاد في تَوْصِيف الوقائع لا يُستغنى عنه بالتقليد، بل هو فريضة في كل نازلة؛ لأن كل واقعة قضائية نازلة مستأنفة لم يسبق لها مثيل في التَّوْصِيف فتحقيق المناط فيها متجدد لا ينضبط بمناط واحد، فلا يمكن التقليد فيها؛ يقول الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «لا يمكن أن يُستغنى ههنا بالتقليد؛ لأَنَّ التقليد إنَّما يُتصور بعد تحقيق مناط الحكم المقلد فيه، والمناط هنا لم يتحقق بعد؛ لأن كل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم

---

(١) الفروق ٢/ ١٥٧، ٣/ ١٠٢، مجلة الأحكام العدلية (م١٧٩٣)، السيل الجرار ٤/ ٢٦٣.

(٢) الروض المربع ٧/ ٥٢٤، الفكر السامي ٢/ ٤٢٨، فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٣٣.

(٣) الفقيه والمتفقه ٢/ ٨٦.

لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، فلا بُدَّ من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنَّه تقدم لنا مثلها فلا بُدَّ من النظر في كونها مثلها أَوْ لا، وهو نظر اجتهاد أيضاً. . . ويكفيك من ذلك أَنَّ الشريعة لم تَنُصَّ على حكم كل جزئية على حدتها، وإنَّما أتت بأمور كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين»[1].

وقد مَثّل ـ رحمه الله ـ بأمثلة منها: فرض نفقات الزوجات والقرابات من أَنَّه مفتقر إلى النظر في حال المنفَق عليه، والمنفِق، وحال الوقت، إلى غير ذلك من الأمور التي لا تنضبط بحصر، ولا يمكن استيفاء القول في آحادها، فلا يمكن أَنْ يستغنى بالتقليد فيها[2].



(١) الموافقات ٤/ ٩١ ـ ٩٢.

(٢) الموافقات ٤/ ٩١.



المطلب الرابع

آداب القاضي عند التوصيف

للقاضي آداب يتحلى بها عند التَّوْصِيف، هي:

١ ـ استيفاء حجج الطرفين ودفوعهما وبيناتهما والإعذار فيها:

إنَّ القاضي لا يمكنه الوصول إلى التَّوْصِيف الصَّحِيح للواقعة إلَّا بعد استيفاء حجج الخصمين من دعوى، وإجابة، ودفوع، وبينات، وجميع ما يحتج به كل واحد منهما، والإعذار في البينات، فيسأل الخصمَ المشهودَ عليه: هل عنده مطعن في الشاهد أَوْ مدفع في الشهادة؟ فإن ذكر شيئاً سمعه منه وأجرى ما يلزم نحوه[1].

والقاضي إذا أَخَلَّ بشيء مما ذكرنا اختل توصيفه للواقعة، أَوْ وقع في غير موقعه.

---

(١) الذخيرة ١٠/٨٦، أدب القاضي لابن القاص ١/١٩٥، المغني ١١/٤٥٢، الكشاف ٦/٣٤٨، مقاصد الشريعة ١٩٥.

٢ ــ استيفاء المهل والتأجيلات والتعجيز بعدها:

إنَّ الخصم قد يعرض له ما يسوّغ التأجيل من إعداد إجابة، أَوْ دفع، أَوْ إحضار بينة، فيؤجله القاضي حسب طلبه المدة التي يقدرها القاضي؛ وذلك حتى يستوفي ما يدعيه، ويقطع شغبه، ولا يقدم القاضي على تَوْصِيف الواقعة قبل استيفاء الآجال المقررة، فإذا استوفاها ولم يقدم المدعي بينة عدَّه القاضي عاجزاً عنها، وَوَصَّف القضية، وقضى فيها(١).

٣ ــ التأني للتثبت من الواقعة وحكمها الكلي:

القاضي لا يحكم إلَّا بعد التحقق من ثبوت الواقعة وحكمها الكلي، وربما استدعى ذلك وقتاً لتتبع الوقائع بطرق الإثبات، وتتبع الحكم الكلي من مظانّه ومصادره المقررة، ثم فهم ذلك جميعه فهماً تامّاً، وعلى القاضي أَلَّا تحمله العجلة على ترك استيفاء النظر في التحقق من ثبوت الوقائع وحكمها الكلي، فليس الإسراع براعة، ولا الإبطاء منقصة، فلا يصير القاضي إلى تَوْصِيف الواقعة إلَّا بعد التصور الواضح والفهم التام لما سمع وتلقى من الحجج والبينات ولما علم من الحكم الكلي، **فعلى القاضي أَنْ يعلم، ثم يفهم، ثم يوصف**(٢).

---

(١) المبسوط ١٦/ ٦٣، الطريقة المرضية ٧٧، تحفة المحتاج ١٠/ ١٠٣، إعلام الموقعين ١/ ١١٠، الكشاف ٦/ ٣٥٠.

(٢) تنبيه الحكام ٤٦، أدب المفتي والمستفتي ١١١، المجموع ١/ ٨١، مزيل =

فيعلم الواقعة على حقيقتها بواسطة طرق الإثبات، ويعلم الحكم الكلي الملاقي لها ويفهمهما، ثم يوصف الواقعة بالحكم الكلي؛ يقول ابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ) ـ في النعي على من يتسرع في الحكم قبل استيفاء ما يلزم من النظر والفكر والفهم ـ : «والتساهل قد يكون بألَّا يتثبت ويسرع بالفتوى والحكم قبل استيفاء حقها من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أَنَّ الإسراع براعة، والإبطاء عجز ومنقصة، وذلك جهل؛ فَلأَنْ يبطىء ولا يخطىء أجمل من أَنْ يعجل، فَيَضِلّ ويُضِلّ»[1].

وإنَّما يجب على القاضي الإسراع بالفصل في الأقضية بعد استيفاء ما يجب لها[2].

وليحذر القاضي من تَوْصِيف يسبق الفهمَ والاستنباط اتِّباعاً لهوى أَوْ جهلاً منه، ولتكن قناعته وتوصيفه بعد تثبته وتأمله وفهمه واستنباطه.

= الملام ١١٨ ـ ١١٩، تبصرة الحكام ١/ ٤١، الأم ٦/ ٣٢٤، إعلام الموقعين ٤/ ٢٠٤، ١/ ٨٧ ـ ٨٨، الطرق الحكمية ٤ ـ ٥، ٤٦ ـ ٤٧، بدائع الفوائد ٣/ ١١٧.

(١) تبصرة الحكام ١/ ٧٤، والمعنى نفسه موجود في آداب المفتي لابن الصلاح ١١١، مع اختلاف يسير في في اللفظ.

(٢) مزيل الملام ١١٨ ـ ١١٩، مقاصد الشريعة ٢٠٠، ٢٠١، أدب القضاء ١١٠، شرح المنتهى ٣/ ٤٨٦ ـ ٤٨٧، الكشاف ٦/ ٣٣٤، مجلة الأحكام الشرعية ٦٠٥.

٤ ـ اعتدال حال القاضي عند التَّوْصِيف:

والمراد بذلك: أَنْ يكون القاضي عند تَوْصِيف الواقعة ونظر الدعوى على حال معتدلة، حاضر الذهن، صَحِيح الفهم.

فاعتدال حال القاضي على وجه تسكن فيها طبيعته ويجتمع فيها عقله ويتوفر فيها فهمه مما دعا إليه الشرع، ونهى عن ضده، فعن عبد الرحمن بن أبي بكرة ـ رضي الله عنه ـ أَنَّه سمع رسول الله ﷺ يقول: «**لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان**»[١]، وما ذلك إلاَّ لأَنَّ الغضب مما يمنع حضور القلب واستيفاء الفكر، فلا يؤمن معه فساد الفهم والعدول عن الحق، ولا يقتصر الأمر باعتدال القاضي على النهي عن الغضب، بل الواجب أَنْ يكون حين نظر القضية وتوصيفها في حال معتدلة، لا يشغله شيء عما هو فيه، وإذا عرض له ما يُشَوِّش على فكره ويمنعه من الفهم واستيفاء النظر من شبع مفرط، أَوْ جوع شديد، أَوْ وهو يدافعه الأخبثان، وغير ذلك مما يشغل الفكر ـ فإنَّه يمتنع عن القضاء والتَّوْصِيف عند حدوثه[٢].

---

(١) متفق عليه، واللفظ لمسلم؛ فقد رواه البخاري (الفتح ١٣/ ١٣٦)، وهو برقم ٧١٥٨، ومسلم (٣/ ١٣٤٢)، وهو برقم ١٧١٧.

(٢) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/ ١٦٨، المغني ١١/ ٣٩٤، فتح الباري ٣/ ١٣٧، الموافقات ١/ ٩٠.

٥ ـ الاستشارة عند التَّوْصِيف:

الاستشارة عند تَوْصِيف الواقعة والحكم فيها مشروعة، يقول ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ): «وأخرج يعقوب بن سفيان بسندٍ جيِّد عن الشعبي، قال: من سرَّه أَنْ يأخذ بالوثيقة من القضاء فليأخذ بقضاء عمر؛ فإنَّه كان يستشير»[١].

وفي المغني: «لا خلاف في استحبابها»[٢].

قال بعض الشافعية: «تجب مع الإشكال، وإلاَّ فتستحب»[٣]، وهذا التفصيل ظاهر.

يقول ابن خلدون (ت: ٨٠٧هـ) ـ في حث القاضي على الاستشارة ـ: «إذا لم يتبين له القضاء، فإن كان لغبشٍ في الواقعة[٤] استوضحها واستجلاها بالبحث الشافي، وإن كان لعدم استحضار الحكم واعتياص تطبيقه على الواقعة أَوْ نحو ذلك راجع فيه من يثق بعلمه ودينه وعقله، ولو في مدينة أخرى... وما من عجلة»[٥].

---

(١) الفتح ١٣/ ١٤٩.

(٢) ١١/ ٣٩٦.

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٣٩١.

(٤) مراده: من جهة عدم ظهور الوقائع المؤثرة في الحكم لعدم ظهورها الحسي.

(٥) مزيل الملام ١١٨، ١١٩، وفي المعنى نفسه: أدب القاضي للماوردي ٢/ ٦٩.

فبالاستشارة يعرف القاضي ما جهله، ويتذكر ما نسيه، ويتضح ما غمض وأشكل عليه، وتزيد ثقته بما عنده فيكون ذلك أقرب لصوابه، وأسرع لاجتهاده فكان من أدب التَّوْصِيف المتأكد الاستشارة[1].

❑ ❑ ❑

(١) شرح أدب القاضي لابن مازه ١/١٩٦، تبصرة الحكام ١/٤٢، الأم ٦/٢١٩، الفقيه والمتفقه ٢/١٨٤، أدب القاضي للماوردي ١/٢٦١، ٢٦٨، الأحكام السلطانية للماوردي ٩٢، المغني ١١/٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٨، ولأبي يعلى ٨٧، إعلام الموقعين ٤/٢٥٦.

الفصل الثالث

طريقة تقرير التَّوْصِيف القضائي وفحصه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : طريقة تقرير التَّوْصِيف القضائي .

المبحث الثاني : فحص التَّوْصِيف القضائي .



المبحث الأول

طريقة تقرير التَّوْصِيف القضائي

مدخل

إنَّ الغرض من الأحكام الكلية هو تنزيلها على أفعال المكلفين (تَوْصِيف أفعال المكلفين بها) لا لتبقى مفترضة في الأذهان.

والواقعة القضائية والحكم الكلي الفقهي هما طرفا التَّوْصِيف، أَمَّا عقد واسطته فهي الأوصاف المشتركة بينهما والمؤثرة في الحكم القضائي.

والواقعة القضائية هي التي تحرك الحكم الكلي، وتستدعيه لتوصيفها، فالحكم الكلي الفقهي يبدو ساكناً؛ لأَنَّه عام مجرد[1]، منزل على الأذهان، فإذا قابلته الواقعة القضائية دَبَّتْ فيه الحياة، وتَحَرَّك من سكونه لملاقاتها، فإذا لاقاها وطابقت أوصافُه أوصافَها امتزج بها، وصارا كالشيء الواحد، فالواقعة القضائية تقابل في صفاتها المؤثرة مُعَرِّفَات الحُكْم الكلي من السبب والشرط وعدم المانع، والذي يبدو في صفته النهائية في هيئة نَصٍّ فقهيٍّ مهذّب

---

(١) في عموم الحكم الكلي وتجريده انظر: ما سبق في المبحث الثالث من التمهيد من الباب الأول.

مرتّب، سواء كان مقرراً مكتوباً سبق تقريره في كتاب الله أَوْ سنَّة رسوله ﷺ أَوْ إجماع أَوْ قول فقيه، أَوْ استنبطه القاضي من الأدلة الشرعية وأحكم صياغته بهذه الهيئة.

والواقعة القضائية هي تلك الوقائع التي هي أوصاف مؤثرة في الحكم القضائي مقررة مستنبطة من كلام الخصوم، وطلباتهم، وبيناتهم منقحة مرتبة، تبدو وكأَنَّه لم يذكر معها سواها، وهي تقابل حقيقةً ومعنىً السببَ والشرطَ وعدمَ المانع في الحكم الكلي الفقهي.

فلا تَوْصِيف إلَّا بالحكم الكلي والواقعة القضائية هي التي تحركه من سكونه، والتي هي معانٍ وأوصاف مقررة ومستنبطة من كلام الخصوم وطلباتهم وبيناتهم، مع انتفاء المانع من تأثير هذه الأوصاف، وبين هذا وذاك عمل القاضي الذي لا يتم التَّوْصِيف إلَّا به.



طريقة تقرير التَّوْصِيف القضائي

إنَّ القاضي بعد أَنْ يسمع الدعوى، والإجابة، ودفوع الطرفين، ويحدد الأوصاف المؤثرة ابتداءً، وينقحها باستبعاد طرديّها وإبقاء مؤثرها، ويوصف الواقعة توصيفاً أولياً، ويحدد ما اتفق عليه الخصمان، وما اختلفا فيه، ويسمع البينة من شهادة ونكول وغيرها طبق الأصول المقررة ــ **فإنَّه يقوم بدراسة ذلك جميعه**، ويمحص البينة مُطّرحاً ما لا يوصل منها، ومبقياً ما يوصل منها كدليل مستقل أَوْ قرينة قوية في جانب أحد الخصمين، ويقرر ويستنبط الأوصاف المؤثرة من الوقائع والبينات مراعياً أصول تفسير الوقائع التي سلفت ومؤثر الأوصاف، ومستبعداً وملغيًّا طرديّها، مستعيناً بتحليل الحكم الكلي إلى المُعَرِّفَات والحكم مقابلاً بين المُعَرِّفَات وبين الوقائع وصفاً وصفاً، وذلك بعد بيانهما وتفسيرهما بالطرق والأصول المقررة المارّ ذكرها، ومراعياً لذلك أصول التَّوْصِيف السالفة، والقاضي بهذه الخطوات يُعِدُّ الواقعة ويُهَيِّئُها للتَوْصِيف.

وبعد تهيئة الواقعة منقحة مفسَّرة في صياغة واضحة كأَنَّه لم يذكر فيها سوى الأوصاف والوقائع المؤثرة مهذبة مرتبة **فإنَّ القاضي يُجْرِي التَّوْصِيف بواسطة القياس القضائي**؛ مقدمته الكبرى: الحكم الكلي الفقهي مبيناً مفسراً، ومقدمته الصغرى: الوقائع القضائية المنقحة

المفسرة مهذبة مرتبة مهيئة للتَوْصِيف، فإذا تطابقت المقدمتان في حدَّهما الأوسط، وهو الأوصاف المشتركة المؤثرة في الحكم، صارت النتيجة: اتصاف الوقائع بالحكم الكلي الفقهي، وهذا هو المطلوب[1].

وقد سبقت عدة أمثلة لذلك في طرق التَّوْصِيف بالقياس القضائي[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أنَّه وإن كان لا بُدَّ للفصل في الواقعة من التَّوْصِيف القضائي على نحو ما شرحنا إلاَّ أَنَّ القاضي أحياناً يصرح بنتيجته، فيقول: هذه الواقعة من قبيل الجعالة أَوْ الإجارة، أَوْ يقول بأن حقيقة العقد بين الطرفين رهنٌ لا بيعٌ، أَوْ أَنَّ الضمان المتنازع فيه من قبيل ضمان ما لم يجب لا من قبيل ضمان الواجب، ولكن القاضي في الغالب يقرر انطباق النَّصّ الشرعي الذي حدده على الواقعة من غير تصريح بتَوْصِيف الواقعة ببيان حقيقة العقد أَوْ التعامل مكتفياً بتسبيب الحكم؛ وسبب ذلك: ظهور التَّوْصِيف من النَّصّ المستدَلّ به من الكتاب والسنة، أَوْ كلام أهل العلم من غير تصريح بصفته.

فيجب التصريح بالتَّوْصِيف عند الخفاء أَوْ اللبس، ولا يجب إذا انتفى ذلك وظهر التَّوْصِيف من تسبيب الحكم.

❑ ❑ ❑

---

(١) مزيل الملام ١١٤، ١١٨، تهذيب الفروق ٤/ ٩٧، درر الحكام لحيدر ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٧٠، ٦٠٢، شرح عماد الرضا ١/ ٥٩، وانظر ما سبق من مباحث هذا الكتاب في الواقعة القضائية المؤثرة وتنقيحها، وأصول التَّوْصِيف وطرقه، وتفسير الأحكام والوقائع.

(٢) انظر ذلك في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثالث.

المبحث الثاني

فحص التَّوْصِيف القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بفحص التوصيف القضائي.

المطلب الثاني: مشروعية فحص التوصيف القضائي.

المطلب الثالث: طريقة فحص التَّوْصِيف القضائي.



المطلب الأول

المراد بفحص التَّوْصِيف القضائي

المراد به: إعادة القاضي التأمل والنظر فيما يقرره من تَوْصِيف قبل إعلانه وترتيب الحكم القضائي عليه.

وهذا يستدعي من القاضي بعد تقرير توصيفه للواقعة ذهنيًّا وقبل إعلانه وترتيب الحكم القضائي عليه أَنْ يعيد النظر والتأمل فيما قرره؛ للتأكد من سلامة مبناه، وصِحَّة معناه، فيطمئن على ما قرره، ويراجع ويصحح ما احتاج إلى ذلك.



المطلب الثاني

مشروعية فحص التَّوْصِيف القضائي

إنَّ مراجعة التَّوْصِيف بعد تقريره وقبل إعلانه وترتيب الحكم القضائي عليه أمرٌ مشروع يَدُلُّ عليه ما يلي:

١ ــ عن أنس ــ رضي الله عنه ــ عن النبي ﷺ: «**أَنَّه كان إذا سلَّم سَلَّمَ ثلاثاً، وإذا تكلم بكلمة أعادها ثلاثاً**»[١].

فدَلَّ الحديث على أَنَّ إعادة الشيء ثلاثاً من كلام أَوْ سلام لغرض صَحِيح لأجل حفظه أَوْ درء خلل الفهم عنه أمرٌ مشروع، فهكذا إعادة تأمل التَّوْصِيف للتحقق من سلامة مبناه، وصِحَّة معناه، وتطابقه مع الشرع.

٢ ــ واستدَلَّ ابن خلدون (ت: ٨٠٧هـ) على ذلك بمشروعية تكرار الطهارة ثلاثاً، فقال ــ وهو يؤكد على القاضي الاستشارة فيما يشكل عليه ــ: «... ثم إذا رجع إليه الجواب كرر النظر فيه، وراجع الكتب المعتمدة حتى يتضح الحال جداً... متنبهاً من شرعية

(١) رواه البخاري (الفتح ١/١٨٨)، وهو برقم ٩٥.

الغسلة الثانية والثالثة، على أَنَّ الاستظهار بعد تحقق الطهارة مطلوب طلباً مؤكداً، وإنَّما ذكرت هذا دون غيره لتكرره في كل يوم، فيكون تذكره كلما فعل، ولاعتياد النفس له حتى صار من خفته عليها كالطبع لها فلا تنفر من نظيره»[1].

وحدَّثَ جابر بن عبد الله ــ رضي الله عنه ــ قال: «**كان النبي ﷺ يفرغ على رأسه ثلاثاً**»[2]، وهي غسلات مكرر ثانيها وثالثها[3].

قال ابن خلدون في التأكيد على فحص التَّوْصِيف ومراجعته: «ثم يطبق الحكم العدل على ما ينقح له، فإذا وضح له أنَّه طبقه سواءً كَرَّرَ التأمل والتفحص حتى يتبين ذلك كالشمس المضيئة... فإذا لم تبق مرية البتة... حكم وألزم، ثم التصميم بعد ذلك على الحق أهم مهم، وألزم لازم، وما الإحسان إلاَّ بالتمام»[4].



---

(١) مزيل الملام ١٢٠.

(٢) متفق عليه، فقد رواه البخاري، (الفتح ١/ ٣٦٧) من حديث جابر ــ رضي الله عنه ــ، وهو برقم ٢٥٥، ومسلم (١/ ٢٥٣، ٢٥٤)، وهو برقم ٣٥/ ٣١٦، ٣٧/ ٣١٦ من حديث عائشة وحديث ميمونة ــ رضي الله عنهما ــ.

(٣) فتح الباري ١/ ٣٦٧.

(٤) مزيل الملام ١١٨، وانظر ــ أيضاً ــ ما ذكره من مراجعة الحكم بعد صدوره في ص ١٢٥ [المرجع السابق نفسه].

المطلب الثالث

طريقة فحص التوصيف القضائي

إذا قرر القاضي التَّوْصِيف ذهنيّاً فعليه قبل إعلان التَّوْصِيف وتقرير الحكم القضائي أَنْ يراجع الخطوات التي سلكها في التَّوْصِيف من تعيين الواقعة المؤثرة، وتنقيحها، وطريقة إثباتها، وفحص أدلتها، واستنباطها، وتقريرها من طرق الحكم، وتحديد الحكم الكلي الفقهي الملاقي لها، وطريقة التَّوْصِيف مع مراعاة أصول تفسير الوقائع والأحكام وأصول التَّوْصِيف، وما ذلك إلاَّ لاحتمال الخطأ أَوْ الذهول والنسيان فيما يقرره القاضي من تَوْصِيف سواء وقع الخطأ أَوْ الذهول أَوْ النسيان في الوقائع أَمْ في طرق إثباتها، أَمْ في تحديد الحكم الكلي الملاقي لها، أَمْ في إجراءات المرافعة وأحكامها[1].

وعلى القاضي وهو يراجع ذلك تكرارُ النظر والتأمل والمشورة فيما أشكل وأعضل.

---

(١) بدائع الفوائد ٤/ ١٢، الفروق ٤/ ٣٩ ـ ٤٨.

إنَّ القاضي ـ وهو يفحص التَّوْصِيف ويتأمله ـ عليه أَنْ يقوم بتقمص شخصية المخالف[1] في محاورة ذهنية هادئة، يفترض فيها الاعتراضات، ويجيب عليها، وَيَطْرَح الحلول البديلة للتَّوْصِيف المقرر، والاستنباطات المحتملة، ويراجع كل تَوْصِيف أَوْ استنباط بديل ومستنده، ومستند التَّوْصِيف والاستنباط المقرر، ويوازن بينها، ويرجح ما كان أقوى دليلاً، وأمضى حجة، فمن الخطأ السير في فرض واحد مع عدم افتراض ما يعارضه؛ حتى تتضح الحقيقة بذلك.

❑ ❑ ❑

(١) تقمص شخصية المخالف عند تقرير المسائل العلمية منهجٌ علمي عرفه العلماء في مناقشاتهم ومباحثاتهم وكتاباتهم، انظر: منهج البحث الأصولي لعبد الوهاب أبو سليمان: بحث منشور في مجلة البحث العلمي بجامعة أم القرى: العدد (٦) ص ٢٤.

الفصل الرابع

التَّوْصِيف القضائي والحكم القضائي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التَّوْصِيف القضائي وتقرير الحكم القضائي.

المبحث الثاني: التَّوْصِيف القضائي وتسبيب الحكم القضائي.

المبحث الثالث: التَّوْصِيف القضائي ونقض الحكم القضائي.

المبحث الأول

التَّوْصِيف القضائي وتقرير الحكم القضائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بالحكم القضائي وبتقريره والفرق بينهما.

المطلب الثاني: تقرير الحكم القضائي وعلاقته بالتوصيف.

المطلب الثالث: الجزم والاختيار في الحكم التكليفي وأثرهما على الحكم القضائي.



المطلب الأول

المراد بالحكم القضائي وبتقريره والفرق بينهما

المراد بالحكم القضائي:

هو ما صدر من القاضي دالًّا على فصل النزاع بين المتخاصمين على جهة الإلزام.

المراد بتقرير الحكم القضائي:

هو تبيين الأثر المترتب على الواقعة القضائية الموصفة والإلزام به.

الفرق بينهما:

والفرق بين الحكم القضائي وتقرير الحكم القضائي **أَنَّ الأول** نَصُّ الحكم الصادر في القضية.

وأَمَّا الثاني فهو بيان للعمل القضائي الذي يقوم به القاضي في تقرير الحكم القضائي الملاقي للواقعة بعد توصيفها.



المطلب الثاني

تقرير الحكم القضائي وعلاقته بالتوصيف

إنَّ القاضي بعد أن يُوَصِّف الواقعة القضائية بتطبيق الأوصاف المقررة في مُعَرِّفَات الحُكْم الكلي عليها يكون قد فرغ من التَّوْصِيف، ويتلو ذلك تبيين الأثر المترتب على هذه الواقعة الموصفة، وهو الحكم التكليفي والإلزام به في حكم قضائي ظاهر، يقول ابن خلدون بعد أن ذكر تحديد الحكم الكلي الملاقي للواقعة وتنقيحها: «ثم يطبق الحكم العدل على ما ينقح له[1] . . . فإذا لم تبق مرية البتة حكم وألزم»[2].

ويقول علي حيدر (كان حيًّا عام ١٣٢٧هـ): «إذا تمت المحاكمة ووجد سبب وشروط الحكم فالقاضي مجبور بإصدار الحكم فوراً»[3].

---

(١) المراد بتطبيق الحكم العدل على الواقعة المنقحة: التَّوْصِيف.

(٢) مزيل الملام ١١٥، ١١٧، ١١٨.

(٣) درر الحكام ٤/ ٥٧٠.

إنَّ الحكم الكلي الفقهي الموصِّف للواقعة متضمن لحكمها التكليفي ومستلزم للحكم القضائي؛ ذلك أَنَّ الحكم الكلي الفقهي الموصِّف للواقعة مكون من شطرين، هما: معرفات، وحكم.

فالشطر الأول هو المُعَرِّفَات، وهي التي تُوَصِّف الواقعة، وهي الجزء أَوْ الشطر المؤثر.

والشطر الثاني هو الحكم التكليفي، وهو الأثر المرتب على المعرفات من حرمة، وإباحة، ووجوب، وصِحَّة، وبطلان، وشطرا الحكم قرينان لا يفترقان، فإذا وجدت المُعَرِّفَات، وتوفرت شروطها، وانتفت موانعها وجد الحكم التكليفي، فلا تكليف إلاَّ له سبب، وشرط، وخلو من مانع[1]، يقول القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «لا يتصور انفراد التكليف؛ إذ لا تكليف إلاَّ وله سبب، أَوْ شرط، أَوْ مانع»[2]، فإذا وَصَّفنا الواقعة القضائية بمُعَرِّفَات الحُكْم ـ وهي المؤثر ـ استلزم ذلك حصول الأثر ـ وهو الحكم التكليفي أحد شطري الحكم الكلي ـ .

مثال ذلك: من المقرر فقهاً أَنَّ القاتل عمداً عدواناً إذا طالب الورثةُ بقتله يجب القصاص منه إذا توفرت شروط القصاص، وانتفت موانعه.

---

(١) انظر: ما سبق في المبحث الثاني من التمهيد من الباب الأول.

(٢) شرح تنقيح الفصول ٨١.

وهذا حكم كلي فقهي، **مكون من شطرين**:

الأول: المؤثر، وهو مُعَرِّفَات الحُكْم من الأوصاف المؤثرة المقررة فيه من كون القتل عمداً عدواناً، وطالب الورثة بالقصاص، وتوفر شروطه، وانتفت موانعه.

والشطر الثاني: الأثر، وهو الحكم التكليفي، وجوب القصاص من الجاني.

فإذا تحققنا أَنَّ الواقعة المنظورة لدينا قد انطبقت عليها تلك الأوصاف المذكورة في مُعَرِّفَات الحُكْم من وجود السبب والشرط وعدم المانع، ووَصَّفْنَاها به فصارت من قبيل القتل العمد العدوان ــ فإنَّ أثر هذا التَّوْصِيف ــ وهو الحكم التكليفي من وجوب القصاص على المدعى عليه ــ ينطبق عليها، ويحكم به القاضي.

❏ ❏ ❏

المطلب الثالث

الجزم والاختيار في الحكم التكليفي وأثرهما على الحكم القضائي

ونتناول في هذا المطلب أحوالَ الجزم والاختيار في الحكم التكليفي، وأثرَهما على الحكم القضائي، كما نتناول فيه إجبار من له الخيار من الخصوم على الاختيار عند الاقتضاء، وذلك في عنوانين متتاليين:

أحوال الجزم والاختيار في الحكم التكليفي وأثرهما على الحكم القضائي:

إنَّ للحكم التكليفي المستلزم لمُعَرِّفَاتِ الحُكْم حالاتٍ من جهة كونه يأتي مجزوماً فيه بوجه واحد، أَوْ مخيراً فيه بين أوجه، وقد يكون الخيار للقاضي، وقد يكون للخصم.

فالحالات ثلاث حسب التتبع والاستقراء، وهي: الجزم بوجه

واحد، وثبوت الخيار للقاضي، وثبوت الخيار للخصم، وتفصيل هذه الأحوال الثلاثة مع التمثيل لها فيما يلي:

الحال الأولى: الجزم بوجه واحد:

إنَّ الحكم التكليفي من الحكم الكلي الذي تُوَصَّف به الوقائع يأتي كثيراً مجزوماً فيه بوجه واحد، وذلك كمن يرفع دعوى يطالب فيها بثمن مبيع نقداً معلوماً، فبعد تَوْصِيف الواقعة على تلك الصفة يلزم بتسليم الثمن المعلوم.

الحال الثانية: ثبوت الخيار للقاضي:

إنَّ الحكم التكليفي مِن الحكم الكلي الذي تُوَصَّف به الوقائع قد يأتي فيه خيار للقاضي باختيار أحد الوجوه عند الحكم القضائي في الواقعة.

وذلك مثل: التخيير بين عقوبات الحِرَابة الواردة في قوله ـ تعالى ـ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَلَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾﴾ [المائدة: ٣٣].

فللقاضي الأخذُ بأيٍّ من العقوبات المَنْصُوص عليها في الآية حملاً لـ (أَوْ) في الآية على التخيير لا على التنويع على الراجح ما لم

يكن المحارب قد قتل فيُقْتَل[1]، وبذلك صدر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ذي الرقم ٨٥ والتاريخ ١٤٠١/١١/١١هـ.

فهنا إذا وَصَّفَ القاضي الواقعة المعينة بأَنَّها من قبيل الحرابة فإنَّه يوقع على الجاني إحدى العقوبات المَنْصُوص عليها في الآية بما يتلاءم مع جريمته، وحالِ المجرم، وحاجةِ المجتمع إلى الردع، فيكون الخيار في هذه العقوبات للإمام أَوْ نائبه، وهو اختيار مصلحة لا تَشَهٍّ ما لم يكن الجاني قد قتل فيُقْتَل.

الحال الثالثة: ثبوت الخيار للخصم:

إنَّ الحكم التكليفي من الحكم الكلي الذي تُوَصَّف به الوقائع قد يأتي فيه خيار للخصم باختيار أحد الوجوه عند الحكم القضائي في الواقعة.

مثال ذلك: من المقرر فقهاً أنَّ من بنى أَوْ غرس في أرض غيره خطأً لم يُهْدَر غرسه ولا بناؤه، وإنَّما يُقَوَّم البناء مستقلاًّ، كما تُقَوَّم

---

(١) وانظر المسألة والخلاف فيها في بحث: عقوبة الحرابة بين التنويع والتخيير لإيناس عباس إبراهيم، منشور في مجلة الشريعة بالكويت ٢٣٧، عدد ٢١، لعام ١٤١٤هـ، وتحتم قتل الجاني إذا قتل؛ لقصة قتل النبي ﷺ للرجل الذي رضَّ رأس جارية بين حجرين على أوضاح لها، و أصل القصة في الصحيحين، فقد رواها البخاري (الفتح ١٢/١٩٨)، وهو برقم ٦٨٧٦، كما رواها مسلم (٣/١٣٠٠)، وهو برقم ١٧/١٦٧٢.

الأرض مستقلة، ويُخَيَّر مالك الأرض بين تملّك البناء بقيمته، أَوْ إبقاء البناء على الأرض وأخذِ قيمتها[1]، فهنا إذا وَصَّف القاضي الواقعة بأَنَّها من قبيل البناء على أرض الغير خطأً خُيِّر المالك بما ذكر.

وهكذا تخيير المشترى في خيار العيب بين الرد وأخذ الثمن أَوْ الإمساك وله الأرش[2].

وهكذا تخيير المؤجر إذا بنى المستأجر في الأرض المؤجرة أَوْ غرس ولم يشترط عليه المؤجر القلع عند انقضاء المدة، فإذا انقضت المدة فالمؤجر مُخيَّر بين ثلاثة أمور، هي[3]:

(أ) تملّك البناء أَوْ الغراس بقيمته.

(ب) قلع الغراس أَوْ البناء جبراً مع ضمان نقصه بالقلع.

(ج) ترك الغراس أَوْ البناء بأجرة المثل.

إجبار من له الخيار من الخصوم على الاختيار عند الاقتضاء:

إذا امتنع مَنْ له الخيار من الخصوم عن الاختيار، وكان في ترك الاختيار ضرر على الطرف الآخر أُجْبر عليه، جاء في الاختيارات

---

(١) القواعد لابن رجب ١٤٨.

(٢) الكشاف ٣/ ٢١٨، شرح المنتهى ٢/ ١٧٦.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٣٨١، الكشاف ٤/ ٤٤.

حول خيار العيب للمشتري بين الرد وأخذ الأرش قولُه: «فعليه يُجْبَر المشتري على الرد أَوْ أخذ الأرش»[1].

وفَصَّل ابن رجب (ت: ٧٩٥هـ) طريقة إنفاذ الاختيار بين حقين فقال: «من ثبت له أحد أمرين، فإن اختار أحدَهما سَقَطَ الآخر، وإن أُسْقِط أحدُهما أُثْبِت الآخرُ، وإن امتنع منهما فإن كان امتناعه ضرراً على غيره استوفي له الحق الأصلي الثابت له إذا كان مالياً. . . وإن كان حقّاً عليه وأمكن استيفاؤه منه استوفي، وإن كان عليه حقان ـ أصليٌّ وبدلٌ ـ فامتنع من البدل حكم عليه بالأصل»[2].



(١) ص ١٢٦.

(٢) القواعد ٢٤٤.

المبحث الثاني

التَّوْصِيف القضائي وتسبيب الحكم القضائي

تسبيب الحكم القضائي يعني: ذكرَ القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الحكم الكلي ودليله، والوقائعِ القضائية المؤثرة في الحكم، وصفةِ ثبوتها بطرق الحكم[1].

فهو ترجمة لاجتهاد القاضي في تَوْصِيفِ الواقعة، وتقريرِ الحكم القضائي.

إنَّه بيان للعمل القضائي الذي قام به القاضي في تنزيل الحكم الكلي الفقهي على الواقعة القضائية، وتبيين لمنهجه وخطته التي سلكها في ذلك.

فهو يبدأ بذكر ملخص الوقائع من الدعوى، والإجابة، والطلبات وتنقيحها ببيان المؤثر، واستبعاد الطرديّ، وملخص الأدلة القضائية لثبوت الواقعة، وصفةِ استنباط الوقائع المؤثرة منها، ووجه استبعاد الوقائع الطرديّة بالردّ على الدفوع غير المؤثرة عند الاقتضاء، والأدلة المهدرة والجمع والترجيح بين الأقوال المتناقضة والبينات المتعارضة، ونحو ذلك من تحليف

---

(١) تسبيب الأحكام القضائية للمؤلف ١٥.

الأيمان، وذكر المُهَل[1]، والتَّلَوُّمَات[2]، والإعذار[3] في الحجج والبينـات، والتعجيـز[4]، والحكـم الكلـي الفقهـي ودليلـه، ووجـه انطباقه على الواقعة[5].

فالتَّوْصِيف إذن يتقدم التسبب فعلاً وإن تأخر عنه ذكراً، وهو المادة الأساس للتسبيب، فلا تسبيب إلاَّ بالتَّوْصِيف وبعده.

وكما أَنَّ التسبيب يبين طريق القاضي ومنهجه وخطته عند

---

(١) المُهَل: جمع مُهْلَة، والمراد بها: ما يضربه القاضي من مدة للخصم لإحضار بينته أَوْ تَصْحِيح دعواه، ونحو ذلك [الإتقان لمياره ١/ ٣٦، إعلام الموقعين ١/ ١١٠].

(٢) التَّلَوُّمَات: جمع تلوُّم، وهو الانتظار والتمكث [مختار الصحاح ٦٠٨، الوسيط لمجمع اللغة ١/ ٨٤٧]، والمراد بها هنا: أَنْ يذكر القاضي أنه انتظر المدة المقررة قضاءً ولم يأت المتأجل بشيء.

(٣) الإعذار في الحجج والبينات: أَنْ يقول القاضي للخصم بعد سماع البينة: هل لك مدفع أَوْ مطعن فيها؟ ويقول عند نهاية المرافعة: أَبَقِيَتْ لك حجة تقولها أَوْ بينة تحضرها؟ [شرح أدب القاضي لابن مازه ٣/ ٧٩، الأحكام الكبرى ١/ ٥٨، تبصـرة الحكـام ١٩٤، نهـايـة المحتـاج ٨/ ٢٥٧، المغنـي ١١/ ٤٥٢، فتـاوى ورسائل ١٢/ ٤٢٤].

(٤) التعجيز: أَنْ يعتبر القاضي الخصم عاجزاً عن البينة بعد استيفاء المهل المقررة قضـاءً، ويقضـي عليـه [المبسـوط ١٦/ ٦٣، تبصـرة الحكـام ١/ ٢٠٧، مغنـي المحتاج ٤/ ٤٦٧، مطالب أولي النهى ٦/ ٥١٤، إعلام الموقعين ١/ ١١٠].

(٥) مزيل الملام ١٦٩، ١٧١، الإتقان لمياره ١/ ٤٢، البهجة ١/ ٤٢، ١٢٤، الأم ٦/ ٢٣٤، تسبيب الأحكام القضائية ١٥، ٨١ ــ ٩٦.

الحكم في القضية فإنَّه يعصم اجتهاد القاضي من الزلل ـ بإذن الله ـ ويحمله على بذل الوسع في تَوْصِيف الواقعة وتقرير حكمها.

ينضاف ذلك إلى ما في التسبيب من تمكين المحكوم عليه من دراسة مستند الحكم الواقعي والشرعي للتأكد من سلامةِ التَّوْصِيف والحكمِ القضائي للاقتناع به أَوْ الطعن فيه، وتمكين المحكمة المختصة من مراجعة التَّوْصِيف والحكم وتدقيقهما، والقيام بوظيفتها على أتمِّ وجه وأحسنه[1].



(١) لسان الحكام ٢٢١، البحر الرائق ٦/ ٧٠٣، تنبيه الحكام ٣٠٣، فتاوى ورسائل ١٢/ ٣٥٠، الفروع ٦/ ٤٧٠، تسبيب الأحكام القضائية ٩٩ ـ ١٠٤.

المبحث الثالث

التَّوْصِيف القضائي ونقض الحكم القضائي

مدخل

للتَّوْصِيف أهمية كبيرة في العمل القضائي، فهو حلقة الوصل بين الوقائع القضائية والأحكام الكلية الفقهية، فبه تصير الأحكام الكلية الفقهية من عمومات مجردة مفترضة في الأذهان إلى حقائق مُنَزَّلة على الأشخاص والأعيان؛ لأَنَّ القاضي قد حدد صفات الوقائع القضائية المؤثرة بواسطة الحكم الكلي الفقهي، ولهذا فإنَّ القاضي لا يستغني عن تَوْصِيف الواقعة؛ لأَنَّها الطريق الصَّحِيح للوصول إلى الحكم القضائي.

غير أَنَّ القاضي قد يعرض له خطأ عند تقرير التَّوْصِيف أَوْ تقرير الحكم القضائي إمَّا للخطأ في الواقعة أَوْ دليل ثبوتها، أَوْ الحكم الكلي الفقهي، أَوْ للخطأ في إجراءات المرافعة وأحكامها.

ويكون الخطأ في الحكم الكلي الفقهي بالخطأ في تقريره أَوْ تحديد الحكم الكلي الملاقي للواقعة، أَوْ للخطأ في فهمه وتفسيره.

كما يكون الخطأ في الواقعة باعتبار تأثير واقعة مع طرديتها، أَوْ وجود مانع من تأثيرها، أَوْ فقد شرط تأثيرها، وللخطأ في فهمها وتفسيرها، أَوْ استنباطها من دليل ثبوتها.

كما يكون الخطأ في دليل ــ طريق ــ ثبوت الواقعة باعتباره مع إهداره، أَوْ لقصوره في الدلالة، أَوْ للخطأ في فهمه وتفسيره.

كما يكون للخطأ في إجراءات المرافعة وأحكامها[1].

ونبين فيما يلي الخطأ في التَّوْصِيف وعلاقته بنقص الحكم القضائي.

الخطأ في التَّوْصِيف وأثره في نقض الحكم القضائي:

إنَّ العلاقة بين الحكم القضائي والتَّوْصِيف القضائي للواقعة المتنازع فيها صِحَّةً وخطأً تبدو من خلال أحوال أربع، هي:

الحال الأولى: صِحَّة التَّوْصِيف مع صِحَّة الحكم.

وهذه الحال لا شك في وجوب إمضاء الحكم فيها؛ لمطابقة التَّوْصِيف مع الحكم القضائي.

الحال الثانية: خطأ في التَّوْصِيف وخطأ في الحكم.

ففي هذه الحال تطابق الخطأ في التَّوْصِيف مع الخطأ في الحكم، وهذه أغلب الأحوال التي يكون الحكم فيها خطأً، ولذا فإنَّه يجب نقضه.

وقد وَصَّف قاض قضية بأَنَّها إجارة، ورتب على ذلك إلزام

---

(١) الفروق ٤/٣٩ ــ ٤٨، البهجة ٣٦، ٧٣ ــ ٧٤، مزيل الملام ١١٨ ــ ١١٩، حلي المعاصم ١/٧٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٤٠٦، بدائع الفوائد ٤/١٢.

المدعى عليه بتسليم الأجرة، ونُقِضَ الحكمُ من محكمة التمييز، وأَيَّدَ الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ[1] النقض مقرراً: بأَنَّ الواقعة المدعاة من باب الجعالة، وليس للمدعي إلاَّ أجرة المثل؛ لأَنَّ الجاعل قد فسخها بعد العمل وقبل تمامه، ونفى الشيخ أَنْ تكون الواقعة من قبيل الإجارة؛ لفقد الإجارة شرطها وهو العلم بقدر العمل[2].

الحال الثالثة: صِحَّة التَّوْصِيف والخطأ في الحكم.

ففي هذه الحال الحكم خطأ في نتيجته، ولكن التَّوْصِيف صَحِيح، ولذا فإنَّ الحكم يجب نقضه للخطأ فيه، ولا ينفعه صِحَّة التَّوْصِيف؛ لأن ثمرة التَّوْصِيف هو الحكم القضائي، فإذا تخلفت الثمرة وجب نقض الحكم.

مثال ذلك: أَنْ يقرر القاضي في واقعة أخذ مال بقوة السلاح وقُتِل فيها المعتدى عليه أَنْ يقرر فيها بأَنَّها حرابة[3]، ويقضي على الجاني بنفيه، فهنا ينقض الحكم للخطأ فيه مع صِحَّة التَّوْصِيف؛ لأَنَّ الواقعة ما دامت من الحرابة وفيها قتل للمجني عليه فإنَّ عقوبة الجاني هي القتل.

---

(١) هو رئيس القضاة في المملكة العربية السعودية في زمنه، وقد توفي في شهر رمضان لعام ١٣٨٩هـ.

(٢) فتاوى ورسائل ٦/٩ ـ ٧.

(٣) انظر ما سبق في الحال الثانية من المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الرابع من الباب الثالث.

الحال الرابعة: الخطأ في التَّوْصِيف وصِحَّة الحكم.

هذه الحال مقررة على صِحَّة الحكم القضائي في نتيجته بأن وافق الصواب، لكن توصيفه كان خطأً، فإذا أصاب القاضي في حكمه ولكن توصيفه للواقعة كان خطأ فإنَّ الحكم يكون مستوجباً للنقض؛ لأَنَّ إصابة القاضي في حكمه ظهر بناؤها على تَوْصِيف غير صَحِيح إمَّا لكون الواقعة غير صَحِيحة، أَوْ لكون تقرير الحكم الملاقي لها لم يقع موقعه، لكن يسوغ لمتعقب الحكم ـ كمحكمة التمييز أَوْ القاضي مُصَدِّرِ الحكم عند إعادة النظر في حكمه ـ إجازةُ الحكم وإمضاؤه بعد تَصْحِيح التَّوْصِيف، وتكون هذه الإجازة والإمضاء استئنافاً وإنشاءً، أَوْ تَصْحِيحاً للحكم الأول من متعقبه[1]، ويؤيد ذلك ما ذكره السبكي (ت: ٧٥٦هـ)، فقد قال: «. . . وإن بيَّن ـ يعني القاضي ـ المستندَ، ورأيناه غير صالح ولا تشهد قواعد الشريعة بصحته فينبغي أَنْ ينقض ونحكم حكماً مستنداً إلى دليل صَحِيح، لكن أرى من باب المصلحة أَلَّا ينقض، بل يَنْفُذُ؛ لئلا يجسر الناس على نقض أحكام الحُكَّام، ويجعل التنفيذ كأَنَّه حكم مبتدأٌ مستقلٌ، ولو حكم الحاكم المنفذ[2] بحكم مستند إلى الحكم الأول

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٤١٠، المنثور ٢/ ٤٢٣.

(٢) وهو بمثابة الحاكم المميز الآن [فتاوى السبكي ٢/ ٧٨]، وانظر ـ أيضاً ـ: الفواكه البدرية ٢٣، مسعفة الحكام ٢/ ٥٩٣، مطالب أولي النهى ٦/ ٤٨٧، شرح المنتهى ٣/ ٤٨٤، الإنصاف ١١/ ٣١٥.

وبقي الأول على حاله كان أولى وأجمع للمصالح»[١].

ومن أمثلة حمل الحكم الصَّحِيح على الصِّحَّة مع الخطأ في التَّوْصِيف ـ إذا صُحِّح ـ بسبب الخطأ في الواقعة: أَنْ يحكم قاض بالشفعة للمدعي على المشتري، ويُلزمَه بتسليم العين المشفوع فيها بناءً على شهادة الشهود بوجود طريق مشترك بينهما، لكن ثبت طعن في الشهود فلم يثبت الطريق المشترك فوجب نقض الحكم، فدفع المدعي بوجود شراكة في أصل العقار على الشيوع بينه وبين البائع، وأثبت ذلك ببينة مقبولة، فهنا يُصَحَّح التَّوْصِيف ويجاز الحكم الأول، وتكون إجازته وإمضاؤه استئنافاً وإنشاءً لحكم آخر موافق للأول من قبل مُتَعَقِّب الحكم.

ويؤيده ما ذكره العلماء: من أَنَّه إذا زالت العلة التي استند إليها الحكم وخلفتها علة أخرى استند الحكم إلى الثانية[٢]، لكن لا بُدَّ من مراعاة جواز تعديل سبب المطالبة عند الاقتضاء.

وفي هذا التَّصْحِيح حفظ للجهد والوقت المبذول من قِبَل القاضي والخصوم في إنهاء النزاع.

ولا يعارض هذا ما يقرره العلماء من أَنَّ القاضي إذا حكم بغير علم فإنَّ الحكم ينقض وإن صادف الحق[٣]؛ ذلك أن تَصْحِيح متعقب

---

(١) فتاوى السبكي ٢/ ٧٨.

(٢) المنثور ٢/ ٢٤٣.

(٣) معين الحكام لابن عبد الرفيع ٢/ ٦٣٩، البهجة ١/ ٤٢، ٧٣، فتاوى السبكي =

الحكم ـ من حاكمه أَوْ محكمة التمييز ـ للتَّوْصِيف وإجازة الحكم يُعَدُّ إنشاءً للحكم.

وقد قرر الفقهاء من الشافعية والحنابلة: أن حكم قاضي الضرورة[1] المستوجب للنقض إذا وافق الصواب يُجَاز ولا يُنْقَض[2].

كما قرر المالكية مثل ذلك في أحكام القاضي غير العدل[3]، يقول ابن العربي (ت: ٥٤٣هـ) ـ في تَصْحِيح أحكام غير العدل إذا وافقت الصواب ـ: «... فينفذ منها ما وافق الحق، ويُرَدّ ما خالفه ولا ينقض حكمه الذي أمضاه بحال، ولا تلتفتوا إلى غير هذا القول من رواية تُؤْثَر أَوْ قول يُحْكَى؛ فإنَّ الكلام كثير والحق ظاهر»[4].

❑ ❑ ❑

= ٢/ ٤٣٧، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٤٠٧.

(١) قاضي الضرورة: هو الذي ولاّه السلطان ولم يستكمل الشروط، أَوْ ولاّه ذو شوكة لا ولاية له. [نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٠].

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٣٧٧، نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٠، شرح المنتهى ٣/ ٤٧٩، الكشاف ٦/ ٣٢٧.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ١٤٨، تنبيه الحكام ٣٤.

(٤) أحكام القرآن ٤/ ١٤٨.

الفصل الخامس

مراحل التَّوْصِيف القضائي

وفيه المراحل الآتية:

المرحلة الأولى: سماع الوقائع وتحديد الطلبات.

المرحلة الثانية: تنقيح الوقائع وتوصيفها ابتداءً.

المرحلة الثالثة: إثبات الوقائع المنقحة ابتداءً.

المرحلة الرابعة: دراسة الوقائع والبينات وتنقيحها وتقرير التَّوْصِيف النهائي للواقعة.

المرحلة الخامسة: فحص التوصيف.

المرحلة السادسة: تقرير الحكم القضائي الملاقي للواقعة.

مدخل

إنَّ القاضي وهو يوصف الواقعة يخطو بالتَّوْصِيف خطوات متوالية من مرحلة إلى أخرى حتى ينتهي إلى تَوْصِيف الواقعة وتقرير حكمها القضائي، كما يفعل الطبيب في فحص مريضه ووصف الدواء له، فهو يبدأ بفحص المريض، فيقوم بفحصه فحصاً ابتدائياً بالاستماع إلى شكواه، والاستفسار عن أعراض مرضه، ثم فحصاً سريريًّا بالفحص الحسيّ على المريض، وذلك بإرشاده إلى الجلوس على السرير ووضع الطبيب يده أَوْ أصابعه على موضع الشكوى، أَوْ أيّ مكان آخر من جسم الإنسان يساعد على تشخيصه، ونحو ذلك مما يساعد على كشف المرض سريريًّا، ثم إذا لم تُجْدِ هذه الطريقة في الكشف عن أعراض المرض، أَوْ احتاج الطبيب إلى زيادة التثبت من الأعراض انتقل إلى الفحص التكميلي بواسطة الأجهزة والآلات الحديثة المتطورة، كالأشعة والمناظير الطبية بأنواعها، والتحاليل للدم وغيره.

ثم ينتقل بعد ذلك إلى تشخيص المرض، فيقوم بدراسة الفحوص التي أجراها، والتقارير التي أعدها المحلّلون ليحدد ويقرر من خلالها تَوْصِيف الداء مستعيناً في ذلك بالمشاورة الطبية عند الاقتضاء.

ثم بعد ذلك ينتقل إلى تقرير العلاج سواء كان دواءً، أَمْ عملية جراحية، وهي مرحلة تبنى على ما سبقها، فإن كان التشخيص صَحِيحاً

صار العلاج ناجعاً؛ لأن من عرف الداء سهل عليه معرفة الدواء[1] .

وهكذا العمل القضائي في تَوْصِيف الوقائع يمرُّ بمراحل، واحدةً بعـد الأخـرى حتـى الحكـم فـي القضيـة، وقـد أشـار ابـن خلـدون (ت: ٨٠٨هـ) إلى مراحل تَوْصِيف الواقعة القضائية، فهو يقول: «يتأنى ـ يعني القاضي ـ على المدعي حتى يذكر ما عنده كله، ويتفهمه حتى يعلم قطعاً مراده. . . ثم يسأل المدعى عليه رافقاً به متأنياً عليه حتى يذكر جميع ما عنده، ويتفهمه جهدَه، ثم يستجلي الحال منهما ومن العالم بواقعتهما بأحسن استجلاء، وبأشد إيضاح. . . إذا تصور الواقعة، كالشمس ليس دونها سحاب، فليميز بين ما اتفقا عليها وما اختلفا فيه، فإذا وضحت القصة جيداً. . . فليستحضر حكم تلك الواقعة لا برأي واستحسان. . . بل بالنقل الصريح، أَوْ بذل الجهد في درك الحق من أهل الاجتهاد وبطرقه المعتبرة. . . ثم ينقح الواقعة، بأخذ ما يتعين اعتباره وإلغاء ما لا مدخل له في الحكم بحذف، ثم يطبق الحكم العدل على ما ينقح له، فإذا وضح أَنَّه طبقه سواء كرر النظر والتأمل والتفحص حتى يتبين ذلك كالشمس المضيئة. . . فإذا لم تبق مرية البتة. . . حكم وألزم»[2] .

فتَوْصِيف الواقعة القضائية يمرّ بست مراحل، هي:

١ ـ سماع الوقائع وتحديد الطلبات.

---

(١) التداوي والمسؤولية الطبية للمبارك ٥١ ـ ٨٧.

(٢) مزيل الملام ١١١ ـ ١١٨.

٢ ـ تنقيح الوقائع وتوصيفها ابتداءً.

٣ ـ إثبات الوقائع المنقحة ابتداء.

٤ ـ دراسة الوقائع من دعاوى وبينات، وتنقحيها، وتقرير التَّوْصِيف النهائي للواقعة.

٥ ـ فحص التَّوْصِيف.

٦ ـ تقرير الحكم القضائي الملاقي للواقعة الموصفة.

وإذا كنا بحثنا فيما سبق صفة تقرير الحكم الكلي وتفسيره، وصفة تنقيح الوقائع المؤثرة وإثباتها وتفسيرها، وأصولَ التَّوْصِيف ووسائلَه، وتقريرَه ـ فإنَّ ما نذكره هنا فيه شيء من الإعادة إلَّا أَنَّه أمر لا بُدَّ منه؛ لأَنَّه يبين للقاضي منهج السير في التَّوْصِيف، ويسهل عليه عملية التفكير القضائي في تَوْصِيف الأَقْضِيَة، فإلى بيان هذه المراحل بإيجاز.

المرحلة الأولى: سماع الوقائع وتحديد الطلبات:

والمراد بالوقائع هنا: الدعوى والإجابة ودفوع الخصمين.

وهي أولى خطوات التَّوْصِيف؛ لأَنَّها مادته الأولى ومجاله الذي يعمل فيه، وهي التي توجب تحرك الحكم الكلي الفقهي لملاقاتها وتوصيفها، ولا يمكن للقاضي تحقيق التَّوْصِيف إذا تجاوز هذه المرحلة؛ لأَنَّ التَّوْصِيف لا يستنبت في فراغ، بل في وقائع مقدمة للقاضي.

وتقديم الوقائع يقع على عاتق الخصوم، وإذا سكتوا عن شيء من الأوصاف المؤثرة استفسر القاضي منهم عنها.

وعلى الخصم في هذه المرحلة أَنْ يلحظ تحديد طلبه في الدعوى؛ لأَنَّه لا تَصِـحُّ الدعوى إلاَّ به، وهو يعين على توصيفها.

إنَّ الخصوم يقدمون للقاضي الوقائع، ويحددون الطلبات، وهو يقدم لهم الحكم الكلي الفقهي الذي يجري تَوْصِيف الوقائع به.

المرحلة الثانية: تنقيح الوقائع وتوصيفها ابتداءً:

إنَّ الخصوم بعد أَنْ يفرغوا من تقديم الوقائع من الدعوى، والإجابة، والدفوع، والطلبات ـ يقوم القاضي بتنقيحها، وتوصيفها إجرائياً من ناحية الاختصاصِ، وصِحَّةِ الدعوى، وإكمالِ نقصها، وصِحَّةِ الجواب، ودفع الخصومة، فإذا تحقق من صِحَّة السير في الدعوى بدأ في تنقيحها وتوصيفها توصيفاً موضوعيّاً، فاستبعد الوقائع الطردية، وأبقى الوقائع المؤثرة، وحدد وصف المتنازع فيه على ضوء الدعوى والدفوع والطلبات: هل هو خيار عيب، أَوْ خيار شرط؟ أَوْ جعالة، أَوْ إجارة؟ ونحو ذلك ليهيِّء الواقعة بذلك لمرحلة الإثبات وما يتلوها[1]، يقول علي حيدر (كان حيًّا عام ١٣٢٧هـ): «والقاضي يستمع أولاً دعوى المدعي... ويوفق هذه الدعوى على

(١) انظر: الموضوع الرابع من تمهيد الكتاب والمطلب الرابع من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثالث.

إحدى المسائل الشرعية؛ فيستوضح القيود والشروط المقتضية»[1]، فعلى القاضي تحديد الحكم الكلي الفقهي الملاقي للواقعة ابتداءً قبل النظر في ثبوتها، ثم يوصف الواقعة به، وهذا يستدعي مقابلة الواقعة بالحكم الكلي وصفاً وصفاً، فما قابل الوصف المؤثر فهو الذي يُعْتَدُّ به، وما عداه فهو الطردي، فيُثْبَت مؤثرها، ويستبعد طرديها سواء كان طرديًا مطلقاً أَمْ طرديًا في موضع النزاع، وذلك تهيئة للمرحلة التالية.

المرحلة الثالثة: إثبات الوقائع المنقحة ابتداءً:

بعد تنقيح الوقائع وإبقاء مؤثرها ينتقل القاضي إلى إثباتها، وعليه قبل التوجه إلى النظر في إثبات الوقائع المؤثرة أَنْ يحدد إجرائيًا مَنْ المدعي الذي يتوجه عليه الإثبات، ومَنْ المدعى عليه الذي تتوجه عليه اليمين، ثم بعد ذلك على القاضي أن يُمَيِّز ما اتفق عليه الخصمان من الوقائع المؤثرة المنقحة وما اختلفا فيه، ويوجه الإثبات إلى ما اختلفا فيه من الوقائع الأصلية أَوْ التبعية الجائز إثباتها، وبعد الفراغ من إثبات الوقائع بطرق الحكم المقررة، وإجراء ما يلزم لذلك من الإعذار، والتزكية والتعجيز، ثم ينتقل القاضي إلى المرحلة التالية.

المرحلة الرابعة: دراسة الوقائع والبينات وتنقيحها وتقرير التَّوْصِيف النهائي للواقعة:

بعد فراغ القاضي من المرحلة السابقة عليه أَنْ يدرس بعناية

---

(١) درر الحكام ٤/ ٦٠٢.

وتأمّل ما قدمه الخصوم من دعوى، وإجابة، ودفوع، وطلبات، وبينات، وأَنْ يتأمل ذلك ويفهمه جيداً، ويستخلص من الوقائع من دعوى، وإجابة، ودفوع، ومن البينات، وطرق الحكم ـ ثبوتَ الوقائع المؤثرة في الحكم، وينقحها، ويهيئها للتَوْصِيف النهائي مهذبة مرتبة كأَنَّه لم يذكر معها سواها مستعيناً في ذلك بتحديد الحكم الكلي الفقهي، وطرق تفسير الوقائع والأحكام الكلية، وأصول التَّوْصِيف، مراعياً الطلبات في الدعوى وانعدام الموانع، حتى إذا تنقحت له الواقعة وهيأها للتَوْصِيف وحدد حكمها الكلي الفقهي أجرى المطابقة بينهما بواسطة القياس القضائي، فإذا تحقق عنده اجتماع الوقائع مع الحكم الكلي الفقهي في حدهما الأوسط ـ وهي الأوصاف المشتركة المؤثرة في الحكم ـ قَرَّرَ مطابقة الوقائع القضائية للحكم الكلي الفقهي، وهي النتيجة المطلوبة، فيقرر مثلاً أن هذه الواقعة جعالة، أَوْ قتل عمد، أَوْ خيار عيب، ونحو ذلك.

إِنَّ مناط التَّوْصِيف الابتدائي هو الدعوى، والإجابة، وطلبات الخصوم، **أَمَّا في التَّوْصِيف النهائي فمناط التَّوْصِيف** فيه: ما يثبت لدى القاضي من الوقائع والأوصاف المؤثرة، وما يستنبطه من الدعوى والإجابة ودفوع الخصمين وبيناتهم مراعٍ فيه طلبات الخصوم وأصول التَّوْصِيف على ضوء ما يتقرر له من الحكم الكلي الفقهي.

المرحلة الخامسة: فحص التَّوْصِيف:

وقد سبق بيان المراد به، ومشروعيته، وما يقوم به القاضي في هذه المرحلة، وحاصله: أَنَّ القاضي متى تحرر له التَّوْصِيف فعليه قبل إعلانه وترتيب الحكم عليه بتقرير الحكم القضائي أَنْ يراجعه، وذلك بمراجعة الخطوات التي سلكها لتقرير التَّوْصِيف من تنقيح الوقائع، وتعيين الواقعة المؤثرة، وطرق إثباتها، وفحص أدلتها، واستنباطها، وتقريرها بطرق الحكم، وتحديد الحكم الفقهي الكلي الملاقي لها، وطريقة التَّوْصِيف مع مراعاة أصول تقرير التَّوْصِيف وتفسير الوقائع والأحكام الكلية مستعيناً في ذلك بتقمّص شخصية المخالف، وفرض الاعتراضات والإجابة عليها، فإن رأى ما يستوجب العُدُول أَوْ التَّعْدِيل قرره، أَوْ تأكد عنده بعد ذلك سلامة توصيفه قَرَّرَه وأظهره[1].

المرحلة السادسة: تقرير الحكم القضائي الملاقي للواقعة الموصفة:

وقد سبق بيان المراد به، وأَنَّه تبيين الأثر المترتب على الواقعة الموصفة والإلزام به[2].

(١) انظر: المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الثالث.

(٢) انظر: المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الرابع من الباب الثالث.

وهو مرحلة تالية لتقرير التَّوْصِيف، وهو الشطر الثاني من الحكم الكلي.

فإذا كان الحكم الكلي الفقهي ينقسم إلى شطرين، هما: معرفات، وحكم، وكان التَّوْصِيف يعمل في منطقة المُعَرِّفَات ـ فإنَّ تقرير الحكم القضائي يعمل في منطقة الحكم التكليفي من حِلٍّ، وحرمة، ووجوب، وصِحَّة أَوْ بطلان، وآثارها، فمتى وَصَّفْنَا الواقعة القضائية بأَنَّها: قتل عمد عدوان لتحقق شروطها، وانتفاء موانعها، وكانت طلبات المدعي القتل قصاصاً ـ كان الحكم الكلي الفقهي هو وجوب القتل قصاصاً، وكان تقرير القاضي لحكمه القضائي على المدعى عليه بالقتل قصاصاً.

تنبيه:

على القاضي إجراء التوصيفات الإجرائية عند الاقتضاء أثناء السير في الدعوى سواء ما تعلق بالاختصاص أَوْ بتحديد نوع الدعوى من جهة موضوعها، أَوْ بالتحقق من شروط الواقعة الصالحة للإثبات، أَوْ الأوامر القضائية، أَوْ عوارض المرافعة وغيرها؛ لأهميتها في سير الدعوى.



فهرس إجمالي لموضوعات الجزء الثاني

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الباب الثالث
تقرير التوصيف القضائي
(تقرير تَوْصِيف الأَقْضِيَة)

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

• • •